Die ärztliche Behandlung

beurteilt nach dem Entwurfe zu einem allgemeinen deutschen Strafgesetzbuche von 1927.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinrich Ament
Referendar
am Amtsgericht Bamberg

Approbiert am 21. Oktober 1929.

Fordheim.
Buchdruckerei von F. A. Streit.
1930.

30:149

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549613_0054

Die ärztliche Behandlung

beurteilt nach dem Entwurfe zu einem allgemeinen deutschen Strafgesetzbuche von 1927.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinrich Ament
Referendar
am Amtsgericht Bamberg

Approbiert am 21. Oktober 1929.

Forchheim.
Buchdruckerei von F. A. Streit.
1930.

Referent: Geheimer Rat Univ.-Professor Dr. Allfeld

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literatur-Verzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes 1922 (zit. Allf.)

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches 1928.

Arieff, Jakob, Aerztliche Tätigkeit und Strafrecht, Dissertation in Bern 1910.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht 1906-1909 zit. v. Bar Gesetz und Schuld.)

Beitter, Heinrich, Die Stellung des Arztes im deutschen Strafgesetzbuche und den Entwürfen zu einem solchen. Ungedruckte Dissertation Tübingen 1926

Beling, Zeitschrift für gesammte Strafrechtswissenschaft Bd. 44 S. 220 ff.

Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechtes, (zit. Lehrbch).

Binding, Vernichtung lebensunwerten Lebens, 1920.

Boeters, Zeitschrift für Medizinalbeamte 1925 und 1926 S. 214 ff. Monatsschrift für Kriminalpsychologie 1926 S. 234 (sog. lex Zwickau).

v. Calker, Frauenheilkunde im Strafrecht 1908

Denkschrift zu dem Entwurf zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuche von 1927. Herausgegeben vom deutschen Caritasverbande 1927.

Dietrich H., Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe, Dissertation Fulda 1896.

Graf zu Dohna, Das neue Strafgesetzbuch im Lichte des „Richtigen Rechtes" Festgabe für Rudolf Stammler.

Ebermayer, Arzt und Patient 1924.

Ebermayer, Monatsschrift für Kriminalpsychologie 1926.

Elster in Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 36 S, 395 ff.

Enneccerus—Kipp und Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes (zit. Enneccerus)

Entwürfe zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuche 1919, 1925 und 1927 mit Begründung (zit. Entw. 19, Entw. 25, Entw. 27; Begründung = Begr.)

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes 1904.

Finger in Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 20 S. 12 ff.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1926.

Gerland, Das deutsche Strafgesetzbuch 1922.

v. Hentig, Monatsschrift für Kriminalpsychologie 1926.

Heimberger, Deutsche medizinische Wochenschrift 1918.

Heimberger, Strafrecht und Medizin 1899.

Heimberger in Reform des Strafrechts S. 80 ff

Honig, Das Wesen der Heilkunde 1924.

Kahl, Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 29 S. 362

Kahl in Veröffentlichungen auf dem Gebiete der Medizinalverwaltung 1926.

Kelsen, Allgemeine Staatslehre 1925.

Klee, Aerztliche Sachverständigen-Zeitung 1929 Nr. 1.

Köhler, Deutsches Strafrecht 1917.

v. Lilienthal, Die pflichtgemäße ärztliche Handlung und das Strafrecht 1899.

v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1921.

Lpz. Komm. (Leipziger Kommentar), Das Reichsstrafgesetzbuch, erläutert von Räten Ebermayer, Lobe, Rosenberg. (zit. Lpz. Komm. oder Ebermayer oder Lobe).

Ohlshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1916. (zit. Olsh.)

Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen 1892.

Orzechowski, Verstoß gegen die guten Sitten, Dissertation Breslau 1926.

Mezger, Gerichtssaal Bd. 89 S. 282 ff.

Manigk, Willenserklärungen und Willensgeschäft S. 634 ff.

M. Mendelsohn, Aerztliche Kunst und medizinische Wissenschaft 1894.

Radbruch, Geburtshilfe und Strafrecht.

Radbruch in Reform des Strafrechts. 1926.

Reform des Strafrechts. Kritische Besprechung des amtlichen Entwurfes zu einem allgemeinen deutschen Strafgesetzbuche herausgegeben von Aschrott und Kohlrausch 1926. (zit. Reform).

Deutsche Richterzeitung 1929 S. 213 ff.

Rosenberg in Gerichtsaal Bd. 62 S. 82 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichtes.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum bürgerlichen Gesetzbuche.

Reichstagsverhandlungen II. Session 1914—1918 Bd. 325 Aktenstück 1717. (zit. Entw. 18).

Schaeffer, Zeitschrift für gesamte Strafwissenschaft 1927 S. 70 ff.

Schickele, Strafrecht und Frauenheilkunde.

Schultz, Reichsgerichtsrat in deutsche Richterzeitung 1929.

Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 1914.

R. Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht.

Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche.

Stooß, Chirurgische Operation u. ärztliche Behandlung 1898 (zit. Chir. Operation).

Tiersch, Justizrat in Aerztliches Vereinsblatt v. 1. V. 1928.

Veröffentlichungen auf dem Gebiete der Medizinalverwaltung 1926 (zit. Veröffentlichungen oder Veröff.)

Wein, Prinzip des überwiegenden Interesses. Dissertation Erlangen 1908.

Zitelmann, Archiv für zivilistische Praxis Bd. 99 S. 1 ff bes. S. 102 für die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes.

Zeitschrift für Medizinalbeamte 1921, 1925, 1926.

Besondere Abkürzungen

Bay. OLG.	=	Entscheidungen des bayerischen obersten Landesgerichtes.
R.G.Z.	=	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.
R.G.Str.	=	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen.
BGB.	=	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. VIII. 1896.
GBG.	=	Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v. 18. II. 27
Gew.O.	=	Gewerbeordnung für das deutsche Reich.
Landmann	=	v. Landmann, Komm. zur Gewerbeordnung 1911—1912.
V.G.G.	=	Gesetz über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen v. 8. VIII. 1878.

Einleitung.

Bei jedem Zusammenleben von Menschen auf einem räumlich beschränkten Gebiete stehen die Interessen der einzelnen Individuen miteinander im Widerstreite. Aufgabe des Staates ist es, den Widerstreit dieser Interessen durch eine Rechtsordnung so zu lösen, daß diese Lösung als eine gerechte bezeichnet werden kann. Der Inhalt dieses Rechtssystems ist der, daß an eine im Gesetz formulierte Rechtsbedingung, die der Handlung eines Individuums entspricht, eine Rechtsfolge geknüpft wird. Damit die Rechtsfolgen von den Individuen auch geachtet werden, müssen sie zwangsweise durchgeführt werden können. Um diesen Zwangsapparat zu ermöglichen hat der Staat an sich selbst, an der Gesellschaft und an den Einzelnen ein Interesse. Dieses Interesse schützt er durch die Gebots- und Verbotsnormen des Strafrechts. Die Verletzung eines solchen mit Strafe bedrohten staatlichen Interesses bezeichnet man als den materiellen Verbrechensbegriff. Diesem steht gegenüber der formelle Verbrechensbegriff, das ist eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung eines Individuums.

Im Rahmen seines Strafrechts schützt der Staat durch eine bestimmte Vorschrift, den sog. Tatbestand, auch den menschlichen Körper gegenüber widerrechtlichen Eingriffen. Hiebei bildet eine alte Streitfrage, die schon im 13. Jahrhundert erörtert wurde, ob auch der Arzt sich einer Verletzung der Gebotsnorm: „Du sollst nicht den Körper eines Anderen verletzen" schuldig macht, weil er mit seinen spezifischen Handlungen ebenso wie der Staat nur das Beste für das Individuum will. Diese Streitfrage bildet den Gegenstand der Abhandlung und zwar insoweit, als es darauf ankommt, ob die ärztliche Handlung tatbestandsmäßig und deshalb rechtswidrig ist. Dagegen ist grundsätzlich nicht Gegenstand der Abhandlung die Frage, ob sie dem Arzt auch zur Schuld zugerechnet werden kann, weil dies eine Erörterung der Schuldfrage überhaupt voraussetzt und deshalb zu weit führen würde.

Im Anschluß an den Aufbau eines richterlichen Urteils wurde als Tatbestand eine Begriffsbestimmung der ärztlichen

Handlung aufgeführt, an die sich Rechtsfolgen knüpfen sollen Wie jedes Kulturgebiet nur auf Grund seiner Entwicklung erklärt werden kann, so können auch die einschlägigen Bestimmungen des Entwurfes zu einem allgemeinen deutschen Strafgesetzbuche von 1927 nur an Hand ihrer Entwicklung, also nach einer kurzen Darstellung des geltenden Rechtes beurteilt werden. Daher war als zweiter Teil der gegenwärtige Stand der Streitfrage mit einer kurzen Kritik darzustellen und im dritten Teile waren die in Betracht kommenden Bestimmungen des Entwurfes 1927 zu besprechen.[1])

[1]) Nach Abschluß der Arbeit beschloß der Strafrechtsausschuß des Reichstages, der den Entwurf 27 vorberät, eine neue Fassung des § 263. An der Fassung des § 254 änderte er m. W. nichts. § 263 lautet nach diesem Beschlusse: „Eingriffe und Behandlungen, die lediglich zu Heilzwecken erfolgen, der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen und nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen werden, sind keine Körperverletzungen im Sinne des Gesetzes." Diese neue Fassung konnte nicht berücksichtigt werden, weil der amtliche Entwurf 1927 die Grundlage der Abhandlung bilden soll und ferner deshalb, weil diese neue Fassung erst am 26. Juni 1929 beschlossen wurde. Eine wesentliche Aenderung des § 263 in der Fassung des Entw. 27 bedeutet diese neue Fassung nicht. Zu begrüßen ist aber an ihr, daß durch sie ausdrücklich klargestellt wird, daß die Eingriffe lediglich zu Heilzwecken erfolgen müssen. Insoweit ist die unten aufgestellte Ansicht um zu diesem Ergebnis zu gelangen überholt; im übrigen gilt aber auch für die neue Fassung das zur Fassung nach dem amtlichen Entw. 27 unten Angeführte, insbesondere die Kritik des Erfordernisses der ärztlichen Kunst.

Zu begrüßen wäre ferner, wenn im weiteren Verlauf der Verhandlungen die Fassung gewählt würde: „Eingriffe und Behandlungen, die lediglich zu Heilzwecken erfolgen, der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine rechtswidrigen Körperverletzungen im Sinne des Gesetzes." Ferner wird vorgeschlagen, daß § 263 ein Absatz 2 hinzugefügt werde, der lautet; „Eingriffe und Verfahren zum Zwecke der Beseitigung der Zeugungs- oder Gebärfähigkeit eines anderen, sind nur zur Abwendung einer schweren, anders nicht zu beseitigenden Gefahr für Leib oder Leben der behandelten Person durch einen approbierten Arzt zulässig." (Vgl. Fassung des entsprechenden Entw. 1918).

I. Teil.

Der Tatbestand.

§ 1. Begriffsbestimmung der sog. ärztlichen Handlung.

Das Eigenschaftswort »ärztlich« kann vor dem Hauptwort »Handlung« einmal die Bedeutung haben, daß es den Ursprung andeutet, also gleichbedeutend ist mit: Die Handlung des Arztes, das andere Mal, daß es die Eigenschaft der Handlung näher bezeichnet. Für die Feststellung des konkreten Vorganges in der Wirklichkeit, den der Ausdruck »die ärztliche Handlung« umfassen soll, ist also sowohl die eine wie die andere Möglichkeit zu erörtern.

Setzt man die ärztliche Handlung in Beziehung zu demjenigen, der sie vornimmt, so ist für die Feststellung des Begriffes und des Umfanges der sog. ärztlichen Handlung davon auszugehen, daß es heute in Deutschland wie schon im Mittelalter ganz allgemein zwei Personenklassen gibt, die sich mit der Heilkunde befassen, nämlich: einerseits eine Klasse, die auf Universitäten auf einer wissenschaftlichen Basis ihre Kunst erlernen, andererseits Heilkundige, die nur in der Praxis ihre Kenntnisse sich erwerben. Im Mittelalter bezeichnete man die »gelehrten« Aerzte als Doktoren und die letzteren, die rein Spezialisten waren, als »Chirurgen« und je nach ihrem Spezialgebiet Stein- oder Bruchschneider, oder Zahnbrecher hießen. Heute gilt noch, wie schon im alten Rom, die sog. Kurierfreiheit. §§ 1, 6, 29 GO.

Als Handlung des Arztes kann man nun betrachten nur diejenigen Handlungen, die ein Arzt vornimmt, der als solcher approbiert ist und somit voll vom Staate anerkannt ist. Man kann aber auch den Sprachgebrauch zugrunde legen und als ärztliche Handlung schlechthin jede Handlung bezeichnen, die von irgend einer Person als Heilkundiger vorgenommen wird. Dabei taucht nun die Frage auf, ob eine sog. ärztliche Handlungen vornehmende Person diese Handlungen gewerbsmäßig oder regelmäßig betätigen muß, oder ob auch die nur gelegentlich vorgenommene Handlung hierunter fällt. Wir wollen auf der hier eingeschlagenen Linie auch in dieser Beziehung keine

Schranken ziehen, sondern als ärztliche Handlung jede Handlung betrachten, die man landläufig als einen ärztlichen Eingriff oder eine ärztliche Handlung bezeichnet, auch wenn sie von einer Person vorgenommen wird, die weder gewerbsmäßig noch regelmäßig die Heilkunde ausübt, vielleicht nur diese einzige Handlung betätigt hat. Stellt man sich auf die Grundlage des positiven Rechtes, so folgt dies aus der in der Gew.O. festgelegten sog. Freigabe des Heilgewerbes, nach der jeder Mensch einen ärztlichen Eingriff oder eine ärztliche Behandlung vornehmen kann.

Aus dieser Mannigfaltigkeit der Personen ergibt sich eine ebenso große Mannigfaltigkeit der Handlungen. Betrachtet man die Handlung selbst, so spricht man von einem ärztlichen Eingriff und einer ärztlichen Behandlung und stellt sich dabei zwei verschiedene Betätigungen vor. Als Unterschiedsmerkmal springt dabei zunächst ins Auge, daß die Behandlung etwas länger dauert als der Eingriff. Letzterer ist nur ein Zeitmoment, innerhalb dessen gehandelt wird; während bei der Behandlung die Handlung mehrere Zeitmomente andauert. Eine scharfe Scheidung zwischen einem Eingriff und einer Behandlung wird sich wohl nicht durchführen lassen; denn man spricht z. B. von Rönthgenbehandlung und der Eingriff dauert unter Umständen nur eine sehr kurze Zeitspanne. Dagegen kann die Zeitdauer eines Eingriffes ebenso lange dauern, als die einer Behandlung. Für unsere Arbeit wird, ohne Rücksicht auf den ungenauen Sprachgebrauch von dem Grundunterschied auszugehen sein, daß die Behandlung mindestens zwei Zeitmomente darstellt, während der Eingriff nur einen bedeutet. Dies hat zur Folge, daß man dann auch nach dem Sprachgebrauch selbst bei Eingriffen von einer Behandlung spricht, wenn nacheinander mehrere Eingriffe vorgenommen werden, sodaß die ärztliche Handlung als Einheit betrachtet, sich auf mehrere Zeitmomente erstreckt und deshalb Behandlung genannt wird. Deshalb nannten eine Reihe von Theoretikern diese einzelnen Eingriffe Zwischenerfolge und stellten sie in Gegensatz zum Enderfolg, also zur abgeschlossenen Behandlung.

Das Objekt des Handelns, das in allen Fällen den Gegenstand der ärztlichen Handlung bildet, kann Mensch oder Tier sein. In den Rahmen dieser Arbeit soll nur das Objekt Mensch einbezogen werden. Der Eingriff oder die Behandlung selbst wird sich dabei in der Regel nur auf einen Teil des Körpers des Menschen erstrecken, z. B. Fuß oder Zahn.

Um die ärztliche Handlung von einer anderen Handlung zu unterscheiden, kommt es also nicht darauf an, wer die Handlung vorgenommen hat, auch nicht auf die Zeitdauer, innerhalb deren die Handlung vorgenommen wurde, vielmehr muß für

die Begriffsbestimmung der ärztlichen Handlung ihre Eigenschaft, besonders das Warum und Wie des ärztlichen Eingriffs ausschlaggebend sein.

Betrachtet man zunächst den Zweck der ärztlichen Handlung, so wird dieser bestimmt, sowohl durch den Willen und die Absicht des Handelnden als auch durch die Art und Weise, durch die sie vorgenommen wird, um geeignet zu sein, diesen Zweck herbeizuführen. Den ersten Teil nennt man den subjektiven Zweck, den zweiten den objektiven Zweck.

Bei der Betrachtung des subjektiven Zweckes der Handlung ist ins Auge zu fassen, daß der Arzt die Aufgabe hat: 1. eine Krankheit zu heilen und, wenn dieses nicht möglich ist 2. die Krankheit zu hemmen. Damit aber der Arzt in der Lage ist, eine Krankheit heilen oder hemmen zu können, muß festgestellt sein, womit er sie heilen oder hemmen kann. Dieses ist aber nur möglich auf Grund eingehender wissenschaftlicher und praktischer Versuche. Somit behandelt der Arzt den Menschen auch 3. zu wissenschaftlichen Zwecken. Neben diesen Arten hat aber der Arzt noch 4. die Aufgabe, präventive Tätigkeit auszuüben, die sog. prophylaktischen Eingriffe oder Behandlungen vorzunehmen. Auch sie stellen einen Eingriff oder eine Behandlung am Patienten dar, z. B. die vom Kriege her bekannte Impfung gegen die schwarzen Pocken oder die sonstigen Impfungen nach dem Impfgesetz. Außerhalb dieser vier Aufgaben stehen die Eingriffe zwecks Unterbrechung der Schwangerschaft oder der Vernichtung der Zeugungs- und Gebärfähigkeit, sog. Sterilisation und die Eingriffe zwecks künstlicher Befruchtung.

Den Ausgangspunkt aller 5 Aufgaben stellt die Gesundheit des Menschen dar, das ist derjenige Zustand eines organischen Körpers, in dem alle Teile desselben in einem richtigen Verhältnis zu einander stehen und alle Verrichtungen, die zur Erhaltung dieses Verhältnisses nötig sind, ihren normalen Gang gehen. Ein Körper, der absolut gesund wäre, d. h. in dem alle Teile, den ihnen zukommenden Grad von Größe und Stärke, die normale Form und Struktur haben, in dem alle Verrichtungen regelmäßig verlaufen, wird nie gefunden. Wohl aber gibt es einen Zustand, die sog. relative Gesundheit, in dem zwar der eine Teil des Körpers stärker ist als der andere, aber die Schwäche des schwächeren nicht empfunden, sondern nur das Wohlsein gefühlt wird. In den ersten vier Fällen hat nun die Behandlung des Arztes den Zweck, gewisse Symptome, die im medizinischen Sinne eine Krankheit darstellen — gleichgültig ob man auf dem Standpunkt des Organizismus oder einer funktionellen Krankheitstheorie steht — auszumerzen und den

normalen Zustand der Bestandteile des menschlichen Körpers wieder herzustellen oder eine Verschlechterung des anormalen Zustandes zu verhindern. Man bezeichnet diesen Zweck der Handlung als Heilzweck. Dabei kann die Handlung den Erfolg der Heilung herbeiführen oder nicht. Dieser Heilzweck wird auch bei einem ärztlichen Versuche verfolgt, z. B. der Injektion von Leprabazillen an einem gesunden Menschen, um die Kraft und Wirkung eines Heilserums zu erproben. Im 3. und 4. Falle ist aber ursprünglich kein pathologischer Zustand vorhanden. Vielmehr wird beim ärztlichen Versuche erst das Ergebnis des Versuches direkt zur Heilung eines pathologischen Zustandes verwendet. In der Praxis allerdings nimmt der Arzt in der Regel Menschen zum Objekt, die bereits krank sind und denen mit anderen Heilmitteln, insbesondere mit den bisher erprobten, nicht geholfen werden kann. Auf Grund der theoretischen Unterscheidung wird man den ärztlichen Versuch als Heilbehandlung im weitesten Sinne bezeichnen.

In allen 4 Fällen aber läuft das Interesse des Staates mit dem des zu Behandelnden paralell. Das ist nicht mehr der Fall beim Eingriff zum Zwecke der Unterbrechung der Schwangerschaft und der Vernichtung der Zeugungs- und Gebärfähigkeit. Ausschlaggebend ist, daß in diesen Fällen den Zweck der Handlung nicht der Patient allein darstellt, sondern ein drittes Objekt. Es wird bei derartigen Eingriffen entweder auf ein schon vorhandenes drittes Objekt, die Frucht, eingewirkt, das bereits selbstständigen Rechtsschutz genießt oder das diesen genießen soll, wenn es entsteht und mit Rücksicht darauf und das Interesse des Staates hieran einem vorhandenen gleichzustellen ist. Man scheidet wohl am besten diese Fälle von den ersten 4 Fällen dadurch, daß man sagt: Hier liegt die Verfolgung eines Heilzweckes im uneigentlichen Sinne vor. [1])

Auf Grund dieser Unterscheidungen ergibt sich die Einteilung, daß zunächst nur die Heilbehandlung im eigentlichen Sinne und von dieser getrennt die Heilbehandlung im uneigentlichen Sinne besprochen wird.

Die Heilbehandlung im eigentlichen Sinne kann man folgendermaßen einteilen: Heilbehandlung kann nun bedeuten lediglich eine Behandlung mit dem Erfolge, eine Krankheit zu heilen oder zu hemmen. Diese Heilbehandlung soll als Heilbehandlung im engeren Sinn bezeichnet werden. Weiter kann Heilbehandlung bedeuten alle Handlungen, die vorgenommen werden mit dem objektiven Zwecke und den subjektiven Willen

[1]) So ähnlich Klee, ärztl. Sachverständigen-Ztg. 1929 Nr. 1 Seite 1 ff. Ebermayer, Arzt und Patient, S. 420 ff.

zu heilen, ohne daß es darauf ankommt, ob der Erfolg auch tatsächlich eintritt. Dies wäre dann Heilbehandlung im weiteren Sinne. Ferner kann aber auch der Begriff der Heilbehandlung alle ärztlichen Eingriffe und Behandlungen umfassen, die überhaupt geeignet sind, dem Einzelnen oder der Gesamtheit zum Heile zu dienen, d. h. für sie vorteilhaft sein mit Rücksicht auf das körperliche Wohlbefinden. Dabei tritt dann der Ausgangspunkt des pathologischen Zustandes mehr in den Hintergrund. Bei kosmetischen Operationen zeigt sich diese Unterscheidung insofern, als man eine solche Operation, die zugleich einem pathologischen Zustande abhilft, oder vorbeugt, als Heilbehandlung im weiteren Sinne bezeichnen dürfte; während Heilbehandlungen der letzteren Art dann vorliegen, wenn eine solche Operation lediglich zum Zwecke der Erzielung höheren Einkommens oder sonstiger Vorteile stattfindet, z. B. wenn eine Schauspielerin sich ein besonderes eigenartiges Lächeln anoperieren läßt, um eine höhere Gage zu erhalten. Diese Fälle sollen als Heilbehandlung im weitesten Sinne bezeichnet werden.

Die medizinische Wissenschaft verfolgt die Erreichung solcher Ziele von drei verschiedenen Richtungen aus, nämlich: Die Internisten vertreten den Standpunkt, daß die Krankheiten nur durch innere Heilmittel, durch sog. Medikamente, z. B. durch Gifte, zu behandeln sind. Die Chirurgen dagegen sehen in den operativen Eingriffen die dem Patienten nützlichste, rascheste und oft alleinige Rettung. Die Naturheilkunde, deren stets steigende Anhängerzahl durch ihre Ausbildung als Mediziner von den sog. Kurpfuschern unterscheidet, geht von der Ansicht aus, daß die menschliche Natur stets sich selbst helfen müsse. Krankheitserscheinungen seien nur die Folge des Mangels an den im menschlichen Körper an und für sich vorhandenen natürlichen Schutzkörpern. Dieser Mangel müsse im Gegensatz zu den Internisten, die Antitoxinen in der Form des Serums einspritzen, durch natürliche Mittel behoben werden, wie z. B. gutes Essen, frische Luft, Sonnenbäder usw. Auch die Kurpfuscher spalten sich praktisch in diese 3 Richtungen.

Es unterscheidet sich also die ärztliche Handlung von irgend einer anderen Handlung dadurch, daß sie mit den geeigneten Mitteln in geeigneter Weise vorgenommen wird, um eine dem Wohlsein des Objektes förderlichen Erfolg herbeizuführen.

Der Beginn des ärztlichen Eingriffs liegt in dem Zeitpunkt, in dem der Behandelnde auf den Patienten sei es auf seinen Körper oder auf seinen Willen nach einer bestimmten Wirkung zu wirken versucht. Z. B. wenn jemand sich zu einem Arzt begibt zum Zweck der Untersuchung, so spricht man bereits bei Vornahme der Untersuchung von ärztlicher Behandlung. Es er-

geben sich aus den theoretischen Formen der einzelnen medizinischen Schulen folgende Grundformen der ärztlichen Handlung in der Wirklichkeit. So dringt der Chirurg in den menschlichen Körper mit mechanischen Mitteln ein, z. B. mit dem Messer. Der Internist führt zwar auch eine mechanische Verletzung des Körpers herbei, z. B. das Einhacken der Spritze in die Haut, Der Schwerpunkt seiner Handlung liegt aber auf der Zuführung von Antitoxinen; die mechanische Verletzung des Körpers bildet dabei nur einen unwesentlichen Begleitumstand. Der Naturheilkundige arbeitet grundsätzlich weder mit einer mechanischen Verletzung des Körpers seines Patienten noch mit der Zuführung von Stoffen, die von Natur aus die Gesundheit gefährden, sondern er verlangt prinzipiell vom Patienten nur ein bestimmtes Tun oder Unterlassen. Der Schwerpunkt seiner Handlungsweise richtet sich gegen die freie Willensbetätigung des anderen, die sog. persönliche Freiheit. Wenn dieses Moment vom Patienten ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu verlangen beim Chirurgen oder Internisten nicht erwähnt wurde, so geschah es deshalb, um theoretisch die hauptsächlichsten Grundformen der ärztlichen Handlung zu konstruieren. Praktisch verlangen auch diese ein bestimmtes Handeln vom Patienten, insbesondere zurzeit der Operation oder Einspritzung; aber dieses bildet nur das Mittel zum Zweck.

II. Teil.

Der gegenwärtige Stand der Frage.

1. Abschnitt.

Rechtliche Würdigung der Heilbehandlung im eigentlichen Sinne.

§ 2. Subsumtion unter die Tatbestände des Strafgesetzbuches von 1870/71.

Als grundsätzliche Normen des Strafrechts kommen in Betracht:

1. § 223: Wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung bestraft.
2. § 229: Wer vorsätzlich einem anderen um dessen Gesundheit zu beschädigen, Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, wird wegen Vergiftung bestraft.
3. § 240: Wer einen anderen widerrechtlich durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird wegen Nötigung bestraft.

In all diesen Fällen bildet den Schutz des Objektes ein Mensch; das Subjekt der Tätigkeit muß ein anderer Mensch sein als der Behandelte. Deshalb scheidet der Fall aus, der jüngst durch die Presse ging, daß ein amerikanischer Arzt sich selbst am Blinddarm operierte. Aus Zweckmäßigkeitsgründen soll mit dem letzten der dem Gesetze entsprechend aufgezählten Tatbestände begonnen werden.

Bei dem Delikte der Nötigung ist bestritten, ob sich die Nötigung nur gegen die Freiheit der Willensbetätigung oder auch gegen die Freiheit der Willensentschließung richtet Der beabsichtigte Erfolg kann nämlich sein: (Frank S. 485) 1. Aufhebung der Fähigkeit, einen Entschluß zu fassen, z. B. durch Narkotisierung des Patienten, 2. die Fassung eines aufgenötigten Ent-

schlusses, z. B. wenn der Arzt dem Patienten die Folgen seiner Trunksucht derart vor Augen hält, daß er in diesem Furcht erweckt; 3. Verhinderung der Ausführung eines eigenen Entschlusses; 4. die erzwungene Ausführung eines fremden Entschlusses, z. B. Anordnung einer Karlsbader Kur. Für die ärztliche Handlung kann aber dieser Streit grundsätzlich unberührt bleiben, weil der Tatbestand erfordert, daß die Nötigung mit Gewalt oder durch Androhung mit einem Verbrechen oder Vergehen erzwungen wird.

Es kann also bei der Prüfung der Grundformen der ärztlichen Handlung auf ihre Tatbestandsmässigkeit nur darauf ankommen, wann der Arzt mit Gewalt gegen den Patienten vorgeht. Im Anschluß an die herrschende Lehre bedeutet Gewalt die zur Ueberwindung eines Widerstandes entfaltete physisch wirkende Kraft. Sehr bestritten ist die Frage, ob die Betäubung durch narkotische Mittel den Begriff der Gewalt erfüllt. [1]) Maßgebend dürfte in dieser Beziehung wohl der Wille des Patienten sein. Hat der Arzt den Patienten durch die mit seiner Zustimmung erfolgte Narkose willensunfähig gemacht, so hat er keine Gewalt ausgeübt, weil er keinen Widerstand überwand. Er ist also nicht strafbar wegen eines Mangels am objektiven Tatbestand. Anders dagegen, wenn der Behandelnde gegen den Willen des Patienten die Narkose vornimmt; hier hebt er mindestens die Fähigkeit des Patienten einen Entschluß zu fassen auf. Er handelt also gegen die Freiheit der Willensentschliessung. Mit dem RG. Str. Bd. 48 S.346 und Frank S. 485 wird man hierin mindestens einen Versuch der Nötigung zu erblicken haben. Dahingestellt kann bleiben, ob bereits eine vollendete Tat der Nötigung vorhanden ist, weil dem Arzte das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlen wird. Für die Möglichkeit einer strafbaren Nötigung tritt ein: Frank S. 459; Oppenheim [2]) dagegen betont »Wenn der Arzt gegen den direkt ausgesprochenen Willen eines Patienten handelt, so wird er in den meisten Fällen auch nicht wegen Nötigung bestraft, weil ihm das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seines Vorgehens fehlen wird«. Heimberger [3]) wiederum spricht aus, daß »gegen den Willen eines Patienten vorgenommene Eingriffe sich, wenn nicht als Körperverletzung, so doch als strafbare Nötigung darstellen«. Nimmt man aber auch mit Heimberger an, daß der Arzt bei einem Ein-

[1]) Für die Bejahung sind Binding, Lehrb. I S. 83 Allf. S. 383 v. Lilienthal Z. St. W. Bd. 7 S. 376, verneinend insbes. Lobe Lpz. Kom. 2 Olshausen § 234 Nr. 5, Frank § 52 I 1. Letztere bemerken aber, daß dann Gewalt vorliegt, wenn die Betäubung durch Gewalt herbeigeführt wurde.

[2]) Oppenheim „Das ärztl. Recht zu körperl. Eingriffen" S. 17.

[3]) a.a.O. S. 18, Stooß Chirurg. Operation am Ende, Bar Ges. u. Schuld 3 Seite 76.

griff gegen den Willen des Patienten einen Gewaltakt vornimmt, so muß der Arzt stets eine Kraft entfalten, die ein Uebel enthält, (Frank S. 149). Diese Art der Kraftentfaltung wird wohl bei dem Naturheilkundigen nicht vorliegen, sondern nur beim Internisten oder Chirurgen. Bei dieser Gruppe ist aber der Gewaltakt nur eine Vortat, die deshalb straflos ist.

Es kommt also eine Tatbestandsmäßigkeit der ärztlichen Handlung aus dem Gesichtspunkte der Nötigung nur in Ausnahmefällen in Betracht. Daher kann dieser Tatbestand weiterhin unberücksichtigt bleiben; denn die spezifisch ärztliche Handlung fällt nicht hierunter.

Die Strafandrohung der Vergiftung scheidet für den Chirurgen von vorneherein aus, weil er mit mechanischen Mitteln arbeitet. In Frage steht sie hauptsächlich für den Internisten, dessen wesentliche Tätigkeit in dem Einpumpen von chemischen Stoffen besteht, der den Nebenumstand des Einhackens der Spritze konsumiert. (Frank S. 47.) Für die Tatbestandsmäßigkeit ist nötig, daß Gift oder andere Stoffe, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, beigebracht werden. Nach E. Harnack versteht man unter Gift eine solche nicht organisierte Substanz, welche infolge ihrer chemischen Einwirkung auf den lebenden Körper dessen Tätigkeit derart verändert, daß es dem Körper zum Schaden gereicht und in höherem Grade der Wirkung den Tod herbeiführt. Unter dem Begriff der anderen Stoffe fallen organisierte Substanzen z. B. Bakterien, oder nicht organisierte, welche auf chemischem Wege wirken. Solcher Mittel bedient sich grundsätzlich nicht der Naturheilkundige, er ist also von diesem Gesichtspunkt aus nicht strafbar. Gebraucht er aber ausnahmsweise, wie der Internist regelmäßig, solche Stoffe, so kommt es richtiger Ansicht nach (Frank S. 471, R.G. Str. Bd. 24 S. 382) in jedem Falle auf das Quantum an, welches beigebracht wird Dieses muß stets so groß sein, daß es in concreto gefährdend wirkt. Wenn praktisch nicht schon an Mangel hieran die Handlung des Internisten oder sonstigen Heilkundigen straflos ist, so fehlt es ihm bei seiner spezifischen ärztlichen Tätigkeit stets an der Absicht, die Gesundheit des anderen zu beschädigen. Eine Ausnahme hiervon bildet lediglich der wissenschaftliche Versuch, bei dem z. B. organisierte Substanzen, wie Leprabazillen dem Objekte eingeimpft wurden. In diesem Falle ist die Absicht der Gesundheitsbeschädigung ohne Zweifel in dem Momente der Einimpfung vorhanden und somit wäre eine solche Handlung nach § 229 strafbar.

Als dritter Tatbestand kommt in Betracht derjenige der Körperverletzung. Diesen Begriff löst das Gesetz auf in die

Unterbegriffe 1. der körperlichen Mißhandlung, und 2. der Gesundheitsbeschädigung. Beide Begriffe sind sehr bestritten.

Den Ausgangspunkt zu diesem Streite bildet die geschichtliche Entwicklung des Begriffes der Körperverletzung im allgemeinen. § 223 trat an die Stelle des kasuistisch gefaßten § 187 preuß. Str.G.B. Dieser schrieb nämlich vor: „Wer vorsätzlich einen anderen stößt oder schlägt oder demselben eine andere Mißhandlung oder Verletzung des Körpers zufügt, wird bestraft." Das R.G. Bd. 25 S. 375 ff. folgert hieraus: Man wollte also mit dem Ausdruck „körperlich mißhandeln" im weitesten Sinne alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten Verletzungen zusammenfassen. Daß dazu auch entstellende Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit mindestens in ihren wesentlichen Bestandteilen, also erhebliche Substanzverletzungen, der Verlust einzelner Gliedmaßen gehören, kann nicht zweifelhaft sein. Das R.G. drückt sich daher in der E.Str. Bd. 56, S. 64 aus: „Körperliche Mißhandlung ist ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und kann daher an sich den äußeren Tatbestand der Körperverletzung nach § 223 erfüllen. Doch ist die Entwicklung der Rechtssprechung nicht einheitlich. So betrachtet das R.G. als körperliche Mißhandlung in E. Bd. 10 S. 303 eine nicht unerhebliche Einwirkung auf den Körper durch unangemessene üble Behandlung, in E. 29 S. 58 die Störung des körperlichen Wohlbefindens, nicht auch die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit; in E. Bd. 32 S. 113 eine Verursachung von Schmerzen durch heftige Erregung der Empfindungsnerven. Am Ende der Entwicklung steht die obige E. Bd. 56 S. 64 mit den Worten: Jeder Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ist körperliche Mißhandlung.

Das Ziel der Rechtssprechung scheint also dahin zu gehen, alle möglichen Fälle nach irgendeiner Norm des Str.G.B.V. unter Strafe zu stellen, wenn sie sittlich unerlaubt erscheinen. Das ist ein für die Praxis nicht unerwünschter Standpunkt. [1]) Die Theorie dagegen hält sich am Texte des Gesetzes und sieht deshalb in ihrer überwiegenden Zahl im Gegensatz zur Praxis nicht jeden Eingriff in die körperliche Unversehrtheit als Körperverletzung an. Gegenüber der Rechtssprechung verficht sozusagen die ratio des Gesetzestextes am schärfsten wohl Beling in Z.Str.W. Bd. 44 S. 220 ff.

Er betrachtet als den Zentralpunkt der Lehre das Interesse des Individiums am physischen Organismus. Dabei unterscheidet

[1]) Vgl. R.G.R. Schultz in Dtsch. Richterzeitung 1929 Nr. 6 S. 213: „Die bisherige Rechtsprechung hat unter dem Drucke der Unklarheit der Begriffe alle vorsätzlichen Körperverletzungen für ‚Mißhandlungen' erklärt, was eigentlich dem natürl. Sprachgebrauch Gewalt antut."

er 1. zwischen Interesse an Leben und Tod, 2. Interesse am Sound Sosein des Körpers, das man eigentlich Körperinteresse bezeichnet und 3. an der Bewegungsfreiheit. Das Körperinteresse zerlegt er weiter in körperliches Wohlsein (objektiv) und körperliches Wohlbefinden (subjektiv) und Interesse an seiner äußeren Erscheinung. Durch Ueberordnung der von ihm in der Reihe nach unterschiedenen Interessen über die später aufgeführten, legt er dar, daß eine Handlung dann keine Mißhandlung sei, wenn sie nicht für das vorhergehende Interesse etwas Uebles darstellt, wenn also die nach dem Endeingriffe gezogene Bilanz wohlseinfördernd ist. Dies schließt er daraus, daß der Text als Mißhandlungsobjekt nicht etwa den Körper nennt, sondern es darauf abstellt, daß ein anderer körperlich gemißhandelt wird. Körperlich mißhandelt ist ein Mensch aber nur als Interessensubjekt, als Person, als Gesamtorganismus, da „miß" hier nicht bedeutet das Ausmaß der Handlung, sondern die Art und Weise des Handelns. Auf diesem Standpunkte, daß der ärztliche Eingriff keine tatbestandsmäßige Körperverletzung sei, stehen auch Heimberger, Heß [1]) und Stooß. Letzterer betont ursprünglich: „In Wirklichkeit rechtfertigt daher nur der Erfolg den operativen Eingriff; strafrechtlich steht aber der in entschuldbarem Irrtum vorgestellte Erfolg dem wirklichen Erfolge gleich" (bei Finger Z.Str.W. Bd. 20 S. 12 ff.)

Der Begriff der körperlichen Mißhandlung ist aber auch unter den Theoretikern bestritten, obgleich sie sich grundsätzlich nur an dem Gesetzestext halten. Ebermayer schreibt darüber (Lpz. Komm. § 223 N. 4): Die einen sehen die körperliche Mißhandlung in der Tätigkeit, die anderen verlangen die Erzeugung von erheblichen und heftigen Schmerzen. Olsh. 4 bezeichnet es als ein unangemessenes übles schlimmes Behandeln, das bestehen könne in der Zufügung eines körperlichen Mißbehagens oder (umgekehrt) der Störung des körperlichen Wohlbefindens oder in einer entstellenden oder nicht unerheblichen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit. Frank S. 460 schränkt diese Ansicht Olsh. wieder auf Grund der historischen Ueberlieferung dadurch ein, daß er eine solche unangemessene Behandlung fordert, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Erscheinung beeinträchtigt wird; denn auch das Wohlbefinden kann körperlich mißhandelt werden, z. B. durch Erregung von Schrecken oder Ekel, da das seelische Wohlbefinden ausnahmslos körperlich gebunden ist. Dem stimmen in der Hauptsache zu: Allfeld S. 344, Liszt-Schmid § 87, Gerland S. 366. Anderer Auffassung ist wieder Binding Lehr-

[1]) Heß: Die Ehre und die Beleidigung bei Finger Z.St.W. 20 S. 12 ff.

buch I S. 42 insofern er Erregung von Schmerz oder Störung des Zusammenwirkens der menschlichen Organe fordert.

Weniger bestritten ist die Frage, wann eine Gesundheitsbeschädigung vorliegt. Im Anschluße an Frank S. 460 und R.G. Str. Bd. 19 S. 226 kann man als Gesundheitsbeschädignng im Sinne des Gesetzes bezeichnen die Hervorrufung eines pathologischen Zustandes, der nach ärztlicher Terminologie als Krankheit zu bezeichnen ist. Die Dauer dieses pathologischen Zustandes ist gleichgültig. Mit dem R.G. ist auch die Verschlimmerung eines Krankheitszustandes als Gesundheitsbeschädigung anzusehen. Dies ergibt sich daraus, daß der Begriff der Gesundheit ein relativer ist und es darauf ankommt, ob der zurzeit der Behandlung bestehende physische Zustand des menschlichen Körpers beseitigt oder verschlimmert wird. Diese Verschlimmerung muß aber über das Maß hinausgehen, das durch die Krankheit an und für sich herbeigeführt worden wäre. Hierbei darf es wiederum nicht darauf ankommen, daß eine derartige Verschlechterung überhaupt einmal eintritt; denn dann wäre die Konsequenz, daß auch dann keine Gesundheitsbeschädigung vorliege, wenn der Tod eines Menschen herbeigeführt würde, weil jeder Mensch naturnotwendigerweise einmal sterben muß. Es muß also durch die schädigende Handlung ein inadäquater Verlauf des an und für sich schon bestehenden anormalen Zustandes herbeigeführt werden.

Soll in diesem Streite eine eigene Stellung eingenommen werden, so ist davon auszugehen, daß bestraft wird der Erfolg der körperlichen Mißhandlung andererseits der Gesundheitsbeschädigung. In beiden Fällen wird der menschliche Organismus in seinem vor der Handlung bestehenden physischen Zusammenwirken gestört. Der Unterschied zwischen körperlicher Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung besteht darin, daß bei körperlicher Mißhandlung die Störung des zurzeit der Handlung bestehenden physischen Zusammenwirkens des menschlichen Organismus nur während der Zeit andauert, während der die Mißhandlung stattfindet, während bei der Gesundheitsbeschädigung in erster Linie die Folge der Tat ins Auge gefaßt wird, nämlich die Dauer des durch die Handlung verursachten anormalen Zustandes. Diese Ansicht findet ihre Stütze in der sprachlichen Wendung. Wenn ich z. B. einen anderen schlage und er hat eine Narbe infolgedessen, so wird man nicht sagen: Ich habe seine Gesundheit beschädigt, sondern man sagt: er ist gemißhandelt worden oder ich habe ihn gemißhandelt. Diese Wendung drückt den Erfolg aus. Daraus ergibt sich zwar nicht, daß die Gesundheitbeschädigung ein Dauerdelikt im strafrechtlichen Sinne ist, sondern nur »daß Zweck und Erfolg des vorgenom-

menen Eingriffes für die Frage der Gesundheitsbeschädigung, nicht aber der der körperlichen Mißhandlung maßgebend sei«. (So Oberreichsanwalt in R.G.E. Bd. 25 S. 385). Im Anschluß hieran ist also für die körperliche Mißhandlung nur die Handlung in ihrer äußeren Erscheinung mit den ihr direkt und unmittelbar zukommenden Wirkungen auf den menschlichen Körper maßgebend. Deshalb umfaßt der Begriff der körperlichen Mißhandlung die Störung der körperlichen Unversehrtheit des anderen Menschen.

Liegt sonach eine Körperverletzung vor, so wird sie entweder mit Rücksicht auf die Art und Weise der Begehung nach § 232a oder mit Rücksicht auf ihre Folgen nach § 224 ff. strenger bestraft. Letzten Endes kann auch gemäß der E.R.G.Str. Bd. 24 S. 381 der Tatbestand der fahrlässigen Tötung in Betracht kommen; denn es kann eine an sich vorsätzliche, aber als solche nicht strafbare Handlung mit Rücksicht auf eine ursächlich nicht gewollte Folge ein Fahrläßigkeitsverbrechen darstellen, wenn der objektive Kausalzusammenhang und die Fahrlässigkeit einwandfrei festgestellt wurde.

Wendet man nun dieses Ergebnis des juristischen Tatbestandes auf die in dem vorhergehenden Paragraphen geschilderte konkrete Handlung an, so kommt es hauptsächlich darauf an, ob der Tatbestand der Körperverletzung auf diese Handlungen zutrifft, weil nur in Ausnahmefällen die Bestimmungen über Nötigung und Vergiftung anwendbar sind. Das Versagen dieser beiden Bestimmungen hatte nur den Erfolg, daß die Praxis die körperliche Unversehrtheit durch § 223 geschützt erklärte und die ärztlichen Eingriffe an und für sich als Körperverletzung betrachtet; denn es kommt für die Mißhandlung nicht auf den Erfolg des letzten Eingriffes einer Reihe von Eingriffen, sondern auf den Erfolg des einzelnen Eingriffes an. Demgegenüber ging die Theorie von dem Gedanken aus, daß unter denjenigen Gütern die seitens des Staates mit großem Eifer geschützt werden, in erster Linie die Gesundheit und das Leben des Einzelnen steht. Daher sagen diejenigen, die die körperliche Mißhandlung als ein übles, unangemessenes, schlimmes Behandeln bezeichnen, daß die ärztliche Handlung keine körperliche Mißhandlung sei, weil sie für den Körper als Ganzes wohlseinsfördernd wird. (Beling Z.Str.W. 44 S. 220 ff., Frank S. 458.) Dies trifft daher richtigerweise nur dann zu, wenn auch dieser wohlseinsfördernde, also entweder der die Krankheit heilende und hemmende Zweck erreicht wird Nicht aber trifft es zu, wenn der Arzt diesen Erfolg — denn nur auf den Erfolg kommt es bei der Körperverletzung an — nicht erreicht.

Für die Beurteilung der verschiedenen Theorien über die Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffs ist wesentlich, daß eine Lehre zu suchen ist, die sowohl eine generelle Grundlage bildet, als in ihren Auswirkungen noch derart beschränkt ist, daß vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus der menschliche Wille berücksichtigt wird, weil die spezifisch ärztliche Handlung in den seltensten Fällen den Tatbestand einer die persönliche Freiheit schützenden Norm erfüllen wird. Von diesem Gesichtspunkte aus scheint die erwähnte Lehre nicht ohne Bedenken. Richtig ist zwar an ihr, daß bei der ärztlichen Handlung nicht die einzelnen Eingriffe, die bereits bekannten Zwischenerfolge, vor allem ins Auge zu fassen sind, sondern, daß es wie Heimberger deutlich zeigt, nur auf den Enderfolg, auf das Endresultat ankommt. Die Mängel dieser Ansicht zeigen sich aber folgendermaßen: Jeder Mensch stellt sich einen Idealzustand auch seines Körpers vor, z. B. betrachtet die Frau von heute die sog. schlanke Linie als Ideal, während die klassische Kunst abgerundete fast fette Figuren darstellt. Es kann also auch Zeiten geben, in denen das heute Normale als das Anormale sich wiederspiegelt. Es dürfte gerade die heutige Frauenmode ein Beweis dafür sein, daß der Mensch in kurzer Zeit nicht mehr das objektive Wohlsein mit Schmerzen und Entstellungen erkauft; vielmehr ist heute, wenn wir bei der Mode bleiben, die Frau gewillt, mit Einbußen an Wohlsein und Wohlbefinden eine äußere Erscheinung ihrer Körperform zu erkaufen, die sie sich in diesem Jahre gerade als Idealzustand vorstellt. Von einem solchen relativen Standpunkte ist grundsätzlich anzugehen, sodaß es in der Regel nicht darauf ankommen darf, ob der Eingriff objektiv wohlseinsfördernd wirkt, sondern darauf, ob er als solcher subjektiv empfunden wird. Ein zweiter Mangel der Lehre zeigt sich darin, daß, wenn die ärztliche Handlung nicht den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen würde, der Patient dem Arzte ausgeliefert wäre, weil seine Willensrichtung die angibt, bis zu welcher Grenze der Arzt ihn behandeln soll, durch keine entsprechende Strafnorm geschützt wird. Deshalb sagt Frank auch: Der Wille des Patienten gibt die Grenze an für die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffs. Er betont auch, daß eine ärztlich nicht indizierte Operation tatbestandsmäßig sei, weil der gleiche Erfolg auf eine mindertiefe eingreifende Weise erreicht werden konnte. Es bildet also diese Lehre nicht eine generelle Grundlage für die Rechtmäßigkeit der ärztlichen Handlung.

Als schärfstes Argument ist in sachlicher Hinsicht der Lehre entgegenzuhalten, daß es sich bei ihr nur um eine Belohnung des Erfolges handelt. Hat nämlich ein und dieselbe Handlung der gleichen Person bei Auftreten der gleichen Krank-

heit und ihrer Symptome auf den Organismus des einen Kranken eine heilende Wirkung, auf den eines anderen eine verschlechternde, so entscheidet nach dieser Lehre nur der Erfolg. Finger Lehrbuch I S. 406 ff äußert daher: Sie stellt das, was zu beweisen ist, nämlich die Operation ist Körperverletzung, als die grundlegende Behauptung auf. Auch das RG. Entsch. Bd. 25 S. 379 lehnt diese Absicht ab mit den Worten: „Vollends untauglich für das Strafrecht stellt sich der Gesichtspunkt dar, nach dem unberechenbare Zufälligkeiten des Erfolges, also nach den der Tat in unbestimmter Zukunft nachfolgenden Eventualitäten begrifflich unterscheiden zu wollen, ob eine an sich alle gesetzlichen Merkmale des § 223 tragende Körperverletzung ein Delikt darstellt oder nicht."

Es ist also diese Lehre abzulehnen und dahin zu entscheiden, daß die ärztliche Handlung jederzeit eine Körperverletzung darstellt, sei es körperliche Mißhandlung, oder Gesundheitsbeschädigung. Mit Beling (a. a. O.) kann man hier einwenden, daß eine Gesundheitsbeschädigung schwerlich dem Arzte vorgeworfen wird, weil der nötige Vorsatz fehle. Dem ist entgegenzuhalten Heimbergers Ansicht im Falle seiner Staroperation und weiterhin, daß auch beim Arzte als solchen der eventuelle Vorsatz der Gesundheitsbeschädigung wohl vorliegen kann.[1])

Als Folge dieser Tatbestandsmäßigkeit entsteht die Frage: Inwieweit soll der Arzt trotzdem befugt sein, zu Heilzwecken alle möglichen Eingriffe am Körper des Patienten vorzunehmen, womit der letztere ganz der Willkür des Arztes überlassen wäre oder soll der Arzt an bestimmte Regeln gebunden sein, eine gewisse Grenze für seine Handlungen haben, bei deren Ueberschreitung er zur Verantwortung gezogen werden kann?

Im Anhange hierzu ist noch zu prüfen, ob der Arzt auch für seine Hilfspersonen strafrechtlich verantwortlich ist. Wenn nämlich jeder ärztliche Eingriff unter den Tatbestand des § 223 zu subsumieren ist, so kann die Folge eintreten, daß der Arzt „seinen gefährlichen Beruf"[2]) Operationen vorzunehmen, seinem Assistenten oder sonstigen Hilfspersonen überträgt. Es ist aber

[1]) Dieser Vorsatz ist ohne Zweifel beim ärztlichen Versuch stets vorhanden. Wenn z. B. Dr. Cornil in dem von Arieff a.a.O. mitgeteiltem Falle die Krebsgewebe auf der rechten Brust einer in seinem Pariser Hospital eingelieferten Frau teilweise von dieser kranken Brust auf die gesunde verpflanzte, um die Schnelligkeit und das Wachstum bei der Ausbreitung der Krebszellen zu erforschen, so handelte er mindestens mit dem Eventualvorsatz, die Gesundheit der Patientin zu beschädigen. Dies tritt nicht nur dann klar hervor, wenn ein gesunder Mensch oder ein gesunder Körperteil zu einem solchen Versuche genommen wird, sondern auch dann, wenn bei einem Kranken, bei dem die bisherigen Mittel ohne Erfolg angewendet wurden, neue Heilmethoden versucht werden.

[2]) Prof. Kohler, Hamburgische Ztg. b. Ebermayer, Arzt u. P. S. 103 ff.

allgemein anerkannt, daß die körperliche Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung nicht nur durch unmittelbare Einwirkung des Täters oder eines von ihm benutzten Werkzeuges, sondern auch durch mittelbare Einwirkung ohne körperliche Berührung begangen werden kann; denn ein damnum corpore corpori datum wird nicht gefordert (Lpz. Komm. § 223 Anm. 40). Es handelt sich also nicht um ein sogenanntes eigenhändiges Delikt im Sinne Bindings Normen Bd. 2 S. 502 ff. Infolgedessen kann der Arzt durch Beauftragung von Hilfspersonen wegen einer Körperverletzung verantwortlich gemacht werden.[1])

Mit Recht betont Ebermayer (a. a. O. S. 106): „Die Frage kann stets nur nach den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles, die eben in jedem Falle wieder andere sein werden, beurteilt und beantwortet werden. Man kann und darf deshalb nicht sagen: weil in diesem Falle der Arzt verurteilt wurde, ist damit bedingungslos der Satz ausgesprochen, daß der Arzt stets für Verstösse seiner Hilfspersonen strafrechtlich verantwortlich zu machen ist." Vielmehr steht dem hauptsächlich entgegen, der Grundsatz des Strafrechts, daß stets der Täter selbst zu bestrafen ist und weiterhin das Frank'sche Regreßverbot, im Falle des vorsätzlichen Dazwischenhandeln eines Dritten, wie der Hilfspersonen.

---

§ 3. Die Rechtfertigungslehren für die an sich strafbare ärztliche Handlung.

Unter der Annahme, daß die ärztliche Handlung eine tatbestandsmäßige Körperverletzung nach § 223 ff. ist, haben sich verschiedene Theorien herausgebildet, die versuchen, den Widerstreit, daß auf der einen Seite der Mensch nach jeder Richtung hin vom Staat geschützt wird, auf der anderen Seite aber auch eine lediglich sein Wohlergehen bezweckende Handlung verboten sei, zu lösen.

Von den hauptsächlich vertretenen Lehren sei zunächst diejenige des sog. Gewohnheitsrechtes erwähnt. Ihr Begründer dürfte Oppenheim in seiner Baseler Rede (a.a.O.) sein, wo er seine Ansicht folgendermaßen begründet:

Die Heilkunde war schon lange, bevor es noch staatliche Einrichtungen zur Ausbildung von Aerzten gab, vorhanden. Aerztliche Eingriffe wurden von jeher vorgenommen, sowohl von Kunstsachverständigen wie von Laien. Ein Zweifel in der Berechtigung der Eingriffe ist weder beim Arzt noch beim

[1]) Vgl. den interessanten Fall bei Ebermayer a.a.O. S. 103 ff.

Patienten noch beim Publikum oder Juristen aufgetaucht. Unsere Gesetze schweigen sich über die Behandlung dieser Frage aus. Die Theorien, die zur Erklärung dieser Tatsache aufgestellt worden sind, werden der Lebenserscheinung nicht gerecht. Juristisch erklärt sich diese Tatsache vielmehr aus dem Gewohnheitsrecht, d. h. „die ärztlichen Eingriffe, welche als Körperverletzungen anzusehen sind, haben auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes ihre Rechtswidrigkeit verloren." (S. 17.)

Oppenheim bringt aber in seiner Begründung soviele Einschränkungen, daß bereits Stooß (Chir. Operation S. 102) hierüber als Kritik schreibt: „Die Wenn und Aber, die Bedingungen und Ausnahmen, die Unterscheidungen und Aufzählungen, die in den Regeln Oppenheims vorkommen, sind zwar Gelehrtenarbeit, aber nicht Werke des Volksgeistes."

In materieller Hinsicht ist dieser Lehre entgegenzuhalten: 1. Daß das Gewohnheitsrecht zwar derogierende Wirkung im Strafrecht haben kann, dieser Umstand aber voraussetzt, daß ursprünglich die Handlung unerlaubt und strafbar war, was Oppenheim gerade leugnet.[1]) 2. Daß ein Strafgesetzbuch die Entstehung neuen Gewohnheitsrechtes wohl zulasse, daß es aber undenkbar sei, daß dieses seit Jahrtausenden bestehendes Gewohnheitsrecht neben sich fortbestehen lasse.[2]) Diesem letzten Punkte kann noch 3. hinzugefügt werden, daß das Gewohnheitsrecht fortwährende gleichmäßige Uebung auf Grund einer opinio juris erheischt und diese ohne Zweifel durch die Praxis der Gerichte erkennbar geworden wäre.

Formell ist dieser Lehre wegen ihrer praktischen Bedeutung entgegenzuhalten, daß sie zwar eine generelle Grundlage für die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffes bildet, jedoch eine so generelle Grundlage, daß auch die Eingriffe, die lediglich zu medizinischen Versuchen gemacht werden, straflos wären. Wo ist aber eine ungeteilte Rechtsanschauung, daß der Mensch jederzeit als Versuchsobjekt herangezogen werden kann? In der Volksgemeinschaft? Bei dem Arztestand — denn das Gewohnheitsrecht muß in einer Gemeinschaft wurzeln.

Auf Grund dieser praktischen Erwägungen ist die Lehre abzulehnen.

Verschiedene Autoren ziehen die Lehre vom Gewohnheitsrecht dann heran, wenn die Grundform ihrer Rechtfertigungslehre versagt, so z. B. Beling nimmt für die sog. Notfälle ein

[1]) Beitter, Die Stellung des Arztes im D.Str.G.B. u. den Entw. zu einem solchen (ungedr. Diss. Tübingen 1926).

[2]) Radbruch, Geburtshilfe S. 6 ff.

Gewohnheitsrecht des Arztes an. Ebenso v. Calker neben dem Grundsatz des überwiegenden Interesses.[1])

Eine andere ebenfalls so generelle Rechtsgrundlage für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit bei der ärztlichen Handlung stellt das „ärztliche Berufsrecht" dar.

Ihr Begründer v. Lilienthal[2]) schließt aus der Existenz verschiedener medizinischer staatlicher Einrichtungen, wie Kliniken, Krankenhäuser, Medizinischen Fakultäten, daß der Staat den ärztlichen Zweck anerkennt und dadurch die ärztlichen Eingriffe rechtfertigt. Er stellt daher den Grundsatz auf, daß es der Zweck des ärztlichen Handelns ist, welcher die Rechtswidrigkeit und dadurch die Strafbarkeit der ärztlichen Eingriffe ausschließen soll. Aus dieser Maßnahme der pfleglichen Verwaltungstätigkeit auf dem Gebiete des Gesundheitswesens schließt Lilienthal auf ein ärztliches Berufsrecht. Er sagt aber weiter: „Aerztliche Handlungen sind durch ihren Zweck vor Strafe geschützt, dürfen aber nicht gegen den Willen des Patienten vorgenommen werden."[3])

Anders begründet das sog. Berufsrecht Finger Lehrb. I S. 405 ff. und Kahl Z. St. W, Bd. 29 S. 370 ff. Die ärztliche Handlung, welche an und für sich eine körperliche Mißhandlung zeigt, kann nicht kontra rationen gehen, weil sie die Grundlage einer sittlich vernünftigen Lebensordnung darstelle und der Staat das gleiche Bestreben habe wie der Arzt. Ein Urteil aber über die mögliche Heilwirkung und über die Gesetze der menschlichen Natur und die dadurch bedingte notwendige und mögliche Folge einer ärztlichen Operation könne nur der Mediziner fällen. Deshalb führe die Straflosigkeit der zu Heilzwecken vorgenommenen Operation zur Anerkennung eines ärztlichen Berufsrechtes. In beiden Fällen klingt also die reine Theorie vom sog. ärztlichen Berufsrecht in dem Satz aus: „Der ärztliche Beruf ist es, der dem Arzt erlaubt, eine an sich strafbare Handlung, straflos vorzunehmen" (Finger I, 410).

Dieser Lehre ist entgegenzuhalten 1. in sachlicher Hinsicht, daß nach der Gew.O. § 1 die Ausübung des Heilgewerbes freigegeben ist. Es gibt also keinen ärztlichen Berufsstand, weil jeder Mensch das Heilgewerbe frei ausüben kann. 2. Soweit Rücksicht zu nehmen ist auf die Tragweite der Lehre, sind die

---

[1]) v. Calker, Frauenheilkunde im Strafrecht 1908.

[2]) v. Lilienthal bei Bar Gesetz u. Schuld S. 72 ff.

[3]) Diese Einschränkung des Grundprinzips durch das Erfordernis der Einwilligung wirft ihm bereits Heimberger a.a.O. S. 20 ff. als eine Inkonsequenz vor.

gleichen Gründe wie bei dem sog. Gewohnheitsrechte anzuführen. So kommt z. B. R. Schmidt a. a. O. zu dem Schluß, daß der Arzt, wenn er nur irgendwie beigezogen würde, z. B. vom Dienstmädchen eigenmächtig geholt wird, eine in der stärksten Weise verstümmelnde Operation vornehmen kann, ohne vorher den Kranken fragen zu müssen. Es ist daher auch diese Lehre abzulehnen.

Schränkt man diese Ansicht aber ein durch das Erfordernis der Einwilligung, so bedeutet das ein Schwanken zwischen zwei Grundsätzen, von denen jeder allein die Rechtmässigkeit einer an sich strafbaren Handlung begründen kann. Es ist daher auch der Lehre in der Form der Einschränkung auf die Einwilligung des Patienten nicht beizutreten, weil der Schwerpunkt dann auf die Einwilligung gelegt wird.

Um die bisher gezeigten praktisch undurchführbaren Konsequenzen der verschiedenen Ansichten auszuschliessen, stellten es andere Theoretiker, — die zurzeit die Mehrheit bilden — nur darauf ab, daß es der verfolgte Zweck ist, der das Mittel heilige. Sie gelangten zu dieser Ansicht insbesondere deshalb, weil nach den Bestimmungen der Gew.O. die Personenzahl, die eine ärztliche Handlung vornehmen kann und darf, nicht auf eine bestimmte Gruppe beschränkt ist.

Dabei legten die einen[1]) das Schwergewicht auf den Zweckwillen, mit der Begründung, der Wille des Menschen zu heilen unterscheidet den Arzt vom Verbrecher. Dieses Moment sei bei der Körperverletzung deshalb ausschlaggebend, weil es sich um ein sog. Erfolgsdelikt handle und es auf den Willen zum Erfolg für die Beurteilung der Handlung ankomme. Die anderen[2]) legten das Schwergewicht auf die objektive Beschaffenheit der Handlung, also ihre Eignung den gewollten Zweck auch herbeiführen zu können.

Diese letzte Ansicht begründet Allfeld „daß das sog. Operationsrecht des Arztes und anderer sachkundiger Personen das Recht ist zu Heilzwecken gemäß den Regeln der Heilkunde Eingriffe in den menschlichen Körper zu machen." Zum Unterschied vom sog. Berufsrecht liegt also hier der Nachdruck auf der entsprechenden Sachkunde. Der Grund dazu, warum in diesem Falle der Zweck das Mittel heilige, soll in den gleichlaufenden Interesse des Staates liegen, der durch dieses Interesse den Heilzweck und die zu seiner Verfolgung dienenden Mittel

[1]) Vgl. auch Finger Z.St.W. Bd. 20 S. 12 „nicht der Beruf ist es, der den Arzt straflos macht, sondern sein Wille, mich überhaupt nicht zu schädigen." (Zitate).

[2]) Allfeld Lehrb. S. 143 ff. und dort zitierte.

anerkennt. Zu den vom Arzt zu beobachtenden Regeln der Heilkunde rechnet Allfeld aber nicht allein die rein wissenschaftlichen, sondern auch gewisse dem sozialen Leben entsprechende: so namentlich die Regel, daß sich der Operierende nach Möglichkeit der Zustimmung des zu Behandelnden, oder wenn dieser unfähig ist, der zu seiner Fürsorge berufenen Personen versichert hat." Durch die Ueberordnung des Berufsrechtes über das Prinzip der Einwilligung und der Anerkennung, daß es die Uebung des Arztes sei, dem Patienten die Entscheidung zu überlassen, wirkt sich das Grundprinzip des ärztlichen Berufsrechtes in der Hauptsache praktisch nur in den sog. Eilfällen aus, das sind die Fälle, in denen die Erlangung der Zustimmung des zu Behandelnden oder der zur Sorge um seine Person Berufenen, z. B. wegen Bewußtlosigkeit unmöglich ist, und in den Fällen, in denen der Arzt sieht, daß der Widerspruch des zur Fürsorge des Kranken Berufenen sich als ein „pflichtwidriges Verhalten darstellt und daß das Eintreffen der Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes (§ 1666 B.G.G.) nicht abgewartet werden kann".

Dieser Lehre ist entgegenzuhalten, daß es in den seltensten Fällen auf die Unrecht ausschliessende Kraft des verfolgten Zweckes mit den geeigneten Mitteln ankommt und daß in diesen Fällen sich die gleichen Mängel zeigen wie sie beim sog. ärztlichen Berufsrecht aufgeführt wurden. Denn nach dieser Ansicht kann es z. B. in den sog. Eilfällen nicht auf den mutmaßlichen Willen des Patienten ankommen, sondern nur darauf, ob die ärztliche Handlung geeignet ist, gesundheitsfördernd zu wirken. Als zweiter Grund ist der Ansicht entgegenzuhalten, daß der Grundsatz der Zweck heilige die Mittel, nur dann Anwendung finden kann, wenn es darauf ankommt, mit welchen Mitteln der Erfolg herbeigeführt wurde. Bei dem fraglichen Tatbestand der Körperverletzung kommt es aber nicht, wie aus § 223a zu entnehmen ist, darauf an, mit welchen Mitteln der Erfolg herbeigeführt wurde. Es ist also die Lehre abzulehnen.

Was die erste Lehre anlangt, die die Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffes auf den Zweckwillen gründet, so scheitert sie an der praktischen Undurchführbarkeit. Hinsichtlich ihrer Tragweite sei gerade auf das Beispiel von R. Schmidt hingewiesen, ferner darauf, daß sie wohl eine ganz geeignete Grundlage sowohl für Justizmorde als auch für deren Gegenteil bildet. Sie ist daher gleichfalls abzulehnen.

Eine weitere Lehre[1]) stützt die Rechtfertigung der ärztlichen Handlung auf die bürgerlichen rechtlichen Grundsätze

[1]) Zitelmann, Arch. f. civ. Praxis, Bd. 99 S. 102 ff.; Rosenberg Gerichtssaal, Bd. 69 S. 82.

vom Auftrag und der Geschäftsführung ohne Auftrag. Sie gibt zwar eine einheitliche Basis, jedoch fordert sie freies Verfügungsrecht über das betreffende Rechtsobjekt. Dieses völlig freie Verfügungsrecht über den menschlichen Körper hat aber der Einzelne nicht, vielmehr ist dieses beschränkt durch die Bestimmungen der Reichsverfassung. Es wird z. B. eine Handlung nicht als rechtmäßig anerkannt werden, die dem Grundprinzip allen Rechtes zuwider läuft, z. B. das Abschneiden eines Fingers, der auch ohne Abschneiden geheilt werden kann, aber lediglich vom Patienten zu dem Zwecke abzuschneiden gefordert wird, um eine höhere oder überhaupt eine Sozialrente zu erhalten. Diese Theorie ist aber auch deshalb abzulehnen, weil es unnötig ist, auf dem Umwege über das bürgerliche Recht das zu erreichen, was man ohne diesen Umweg erreichen kann.

Schließlich wird noch von einigen Schriftstellern[1]) die Lehre vom sog. überwiegenden Interesse vertreten. Sie gründen die Erlaubtheit der ärztlichen Handlung darauf, daß diese das geringere Uebel und das notwendige Mittel zur Bannung solcher Uebel sei, deren Nichteintritt das Gesetz selbst anstrebt. Diese Theorie scheitert 1. wie die anderen an ihrer praktischen Tragweite, 2. daran, daß, wenn jede notwendige Rechtsverletzung ohne weiteres erlaubt wäre, gesetzliche Bestimmungen wie diejenigen über Notstand und Notwehr überflüssig wären. Sie ist also abzulehnen.

Eine Reihe von Schriftstellern beschränken nun diese Grundprinzipien dort, wo ihre praktische Durchführung zu untragbaren Ergebnissen führen würde, dadurch ein, daß sie mit mehr oder weniger stichhaltiger Begründung die sog. Einwilligung des Verletzten zur Rechtsmäßigkeit der ärztlichen Handlung fordern. So z. B. Frank, Beling, v. Calker, Mezger, Radbruch. Diese Ansichten, die neben einem der aufgezählten Prinzipien mehr oder weniger Gewicht auf die Zustimmung des Patienten legen, ist deshalb nicht beizutreten, weil sie keine einheitliche Grundlage bilden, die grundsätzlich zu fordern ist.

---

§ 4. Die Ansicht des Reichsgerichts.

Das Reichsgericht betrachtet als körperliche Mißhandlung jeden Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und betrachtet daher die sog. ärztliche Handlung, mag sie vorgenommen sein von einem „Arzt“ oder einer sonstigen heilkundigen Person, als eine tatbestandsmäßige Körperverletzung. Die Rechtswidrig-

[1]) H. Dietrich, Die Straflosigkeit ärztl. Eingriffe, Diss. Fulda 1896 Wein Prinzip d. überwiegenden Interesses, Erlangen 1908 Beling a.a.O.

keit der Handlung wird aber ausgeschlossen durch die Einwilligung des Kranken. Grundlegend für die Frage nach der Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffes ist die Entscheidung Str. Bd. 25 S. 375. Darin stellt das R.G. nach Ablehnung aller oben aufgezählten Theorien den Satz auf: „Es ist in erster Linie der Wille des Kranken, der den Arzt legitimiert, Körperverletzungen straflos vorzunehmen, wo sie von irgend einem Dritten verübt zu strafbaren Delikten werden.

Ursprünglich — in den Entscheidungen Str. Bd. 2 S. 442 und Bd. 6 S. 61 ff. — maß das R.G. der Einwilligung in eine Körperverletzung keine rechtfertigende Kraft bei mit dem Hinweise auf § 216 R.St.G.B. Aus dieser Bestimmung kann man aber das Gegenteil ebensogut folgern, wie Frank mit Recht S. 136 betont. Das R.G. begründet seine Ansicht damit, daß man auf die körperliche Integrität als ein unveräußerliches Gut nicht verzichten könne, „da die Gesundheit ein Gut sei, deren Erhaltung der Staat wegen ihres Wertes für die Gesamtheit fordere" (4,42). Abzulehnen ist, daß hieraus der Schluß gezogen werde, diese Unverzichtbarkeit auf das Gut der Gesundheit könne nicht den Ausschluß der Einwilligung in eine bloße Störung des körperlichen Wohlbefindens nach sich ziehen und daß die obigen Ausführungen dahin verstanden werden, daß die Gesundheit nur nicht der Substanz nach preisgegeben werden könne und aus diesem Grunde nur diejenige Körperverletzung strafbar sei, welche die Gesundheit bezw. körperliche Unversehrtheit dauernd störe.

In den folgenden Entscheidungen Str. Bd. 41 S. 392 ff. 55, S. 188 ff., gelangte das R.G. dahin, daß die Einwilligung dann rechtswirksam sei, wenn sie dem Verletzten die Erfüllung seiner sozialen Aufgaben nicht erschwere, insbesondere wenn sie dem „gemeinen Wohle" dient.[1])

Auf Grund der E. Str. Bd. 25 S. 375 ergab sich also im Grundprinzip die Rechtslage, daß die Einwilligung des Verletzten im allgemeinen nicht die Bedeutung hat, die Rechtswidrigkeit der Tat auszuschließen. Diese rechtlich bedeutsame Wirkung hat die Einwilligung des Verletzten aber dann, wenn die Verletzung vom Arzt als solchen vorgenommen wird.

Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für die ärztliche Handlung hat das R.G. in E. Str. Bd. 61 S. 243 ff. neuerdings Stellung eingenommen, worin es eine wohl am besten genannte Interessen-Theorie aufstellt, anläßlich der Beurteilung einer Schwangerschaftsunterbrechung. Das R.G. geht hier davon

[1]) So auch Köhler, Lehrb. S. 406, Mezger S. 273.

aus, daß die Unterbrechung der Schwangerschaft nicht allein ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Schwangeren darstellt, sondern auch einen solchen gegen das Leben des Embryo, der nicht bloß wie nach den Anschauungen der Römer, einen Teil der Eingeweide der Schwangeren bildet, sondern als werdendes selbstständiges Rechtsgut geschützt ist. Für den Eingriff in die Schwangere genügte nach bisheriger Rechtsprechung die Einwilligung dieser, nicht aber für die Tötung der Frucht, weil hieran der Staat rechtlich interessiert ist. Es handelt sich also bei der Abtreibung aus medizinischen Gründen um die Erhaltung des Lebens der Mutter unter Aufopferung der Frucht. Es stehen sich also 2 Rechte gegenüber, sodaß ein Notstand vorhanden ist. Für den Arzt genügt aber die Bestimmung über den Notstand des § 54 R.Str.G.B. (eigentlicher Notstand) nicht, weil er nur einen „Entschuldigungsgrund" bedeutet. Die Rechtswirksamkeit ist vielmehr ausgeschlossen nur auf Grund geschriebener oder ungeschriebener objektiv wirkender Sätze. Für diesen Fall der Tötung der Frucht zur Rettung der Mutter hat sich der Grundsatz durchgesetzt, daß „in allen Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechensform füllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen, oder eine vom Recht auferlegte und anerkannte Pflicht zu erfüllen, die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboten oder rechtswidrig ist, an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden ist — Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung.[1] [2])

Diese in juristischen und ärztlichen Schriften viel erörterte Entscheidung bedeutet eine Einschränkung des in E. 22 375 ausgesprochenen Satzes: „Der Wille des Kranken ist es, der den Arzt legitimiert." Bei Prüfung der rechtlichen Bedeutung der Entscheidung tauchen in diesem Zusammenhang folgende Fragen auf:

I. Kann man diesen Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung, den das RG. für die Unterbrechung der Schwangerschaft aufgestellt hat, auch auf den ärztlichen Eingriff im allgemeinen anwenden? Die Annahme eines solchen „uneigentlichen" Notstandes für alle ärztlichen Eingriffe ist möglich, vor allem wenn man anerkennt, daß auch sittliche Pflichten für die Begründung zu den einzelnen Fragen des Entwurfes[3]) als Möglich-

[1]) nach Klee a.a.O. S. 1 ff. haben die italienischen Praktiker des 13. bis 15. Jahrhunderts denselben Gedanken vertreten; denn sie behandelten unsere Frage (ärztliche Eingriffe) nur bezügl. der Opferung des Kindes zur Rettung der Mutter bei Unmöglichkeit der Geburt auf natürl. Wege.

[2]) In E.R.G.Str. Bd. 62 S. 138/9 als „übergesetzl. Notstand" bezeichnet.

[3]) Ohne nähere Bezeichnung stets Entw. z. allg. Dtsch. Str.G.B. 1927.

keit der Regelung des ärztlichen Eingriffes von Mittermayer an erster Stelle erwähnt (Vgl. Entw. 27 Anlage I S. 92). Sie wird auch zum Teil vom RG. anerkannt, wenn es ausführt: „Soweit die Notstandsverletzung nicht nur entschuldigt, sondern in Anwendung des Grundsatzes der Güter- und Pflichtenabwägung als nicht rechtswidrig zu erachten ist, gilt der Ausschluß der Rechtswidrigkeit nicht nur für die Vornahme durch die Schwangere selbst, sondern auch für die Vornahme durch einen zur Beurteilung fähigen Dritten. Eine notwendige Bedingung hiefür ist aber die wirkliche oder mutmaßliche Einwilligung der Schwangeren. Dies ergibt sich auch aus der E. 25 375, da die Schwangerschaftsunterbrechung auch einen Eingriff in die Schwangere bedeutet.

Es wird also der Schwerpunkt für die Straflosigkeit in diesem Falle von der Einwilligung verlegt auf den Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung, derart, daß die erstere nur mehr eine Bedingung für die letztere darstellt. Bejaht man nun die oben aufgeworfene Frage, so stehen beide Entscheidungen zu einander in Widerspruch. Um dieses zu vermeiden, ist also die E. 61 243 ff. dahin auszulegen, daß nicht grundsätzlich alle ärztlichen Eingriffe nach dem Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung, für dessen volle rechtfertigende Kraft die Einwilligung nur eine Bedingung darstellt, zu beurteilen sind. Will man theoretisch doch die Frage bejahen, so muß man anerkennen, daß die sittliche Pflicht des Arztes einzugreifen — denn eine rechtliche Pflicht einzuschreiten, besteht für den Arzt nur ausnahmsweise — zur Begründung eines Notstandes genügt. Dieses erkennt z. B. Frank S. 159 an. Es sind einer solchen Ansicht aber die gleichen ablehenden Gründe entgegenzuhalten, wie sie geltend gemacht wurden bei der von Allfeld aufgestellten Lehre.

II. Als notwendige Folge drängt sich die Frage auf: In welchen Fällen liegt der Schwerpunkt der Rechtfertigung für die ärztliche Handlung auf dem Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung und in welchen auf der Einwilligung? Oder mit anderen Worten: Ist die Bedeutung der E. 61 243 beschränkt auf den vom RG. entschiedenen Falle des ärztlichen Eingriffes zur Unterbrechung der Schwangerschaft oder nicht. Wo liegt also die Grenze, jenseits derer der Richter prüfen muß, ob nicht allein die nötige Einwilligung vorliegt, sondern auch dem Grundsatz der Güter- und Pflichtabwägung Genüge geleistet sein muß.

Bei den ärztlichen Eingriffen und Behandlungen muß man, wie oben geschehen, unterscheiden zwischen Handlungen, die einen pathologischen Zustand direkt abhelfen wollen und solchen, bei denen einem pathologischen Zustand indirekt abgeholfen wird. In dem vom RG. entschiedenen Falle handelte es sich

darum, eine Schwangere von ihren Selbstmordabsichten zu heilen. Dieser Krankheit konnte man abhelfen entweder dadurch, daß man sie in eine Anstalt für Geisteskranke o. ä. verbrachte, oder durch einen Eingriff bei der Schwangeren, der indirekt die eigentliche Krankheit heilte. Will man nur nach diesem Gesichtspunkt unterscheiden, so wäre auch das ärztliche Experiment nach dem Grundsatz der Güterabwägung zu beurteilen. Deshalb kann die Grenze nur dort liegen, wo die ärztliche Handlung nicht mehr den Zweck hat, auf den Patienten allein einzuwirken, sondern zugleich auf ein drittes Objekt. Es ist die Bedeutung der Entscheidung 61 243 also dahin zu formulieren, daß in den Fällen, in denen nur auf den Patienten durch den ärztlichen Eingriff eingewirkt wird, bei Vorliegen der Einwilligung des Kranken der ärztliche Eingriff erlaubt ist, alle anderen Fälle sind nach dem Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung zu beurteilen. Die praktische Bedeutung liegt einmal auf dem Gebiete der Vernichtung der Zeugungs- und Gebärfähigkeit, das andere Mal auf der Linie der Fälle, in denen der Eingriff des Arztes im Gegensatze zum allgemeinen Wohle steht; z. B. der Patient will einen kranken Finger abgeschnitten haben, der nach kunstgerechten Maßnahmen in gebrauchsfähigem Zustand erhalten werden kann, lediglich um eine höhere oder überhaupt eine Rente deswegen zu erhalten.

Zum ersten Falle sagt Klee a.a.O : „Von einer Heilbehandlung kann in dem in Rede stehenden Falle (Unfruchtbarmachung) nicht gesprochen werden, auch nicht von einer unter dem Gesichtspunkte der Güterabwägung zu beurteilenden Schwangerschaftsunterbrechung. Die Aufopferung eines solchen schon vorhandenen anderen Rechtsgutes kommt hier nicht in Frage. Dieser Schluß Klee's ist abzulehnen. Vielmehr dürfte auf diese Fälle der Grundsatz der Güter- und Pflichtenerwägung auszudehnen sein.[1])

Für die Beurteilung des zweiten Falles ist auf die sehr bestrittene Frage einzugehen, wie weit die Einwilligung des sog. Verletzten einer tatbestandsmässigen und deshalb an und für sich rechtswidrigen Handlung die Eigenschaft der Rechtswidrigkeit nimmt. Hierüber bestehen hauptsächlich folgende Ansichten: Am weitesten geht hier Zittelmann. (Arch. f. civil. Praxis Bd. 99 S. 1 ff, für den Arzt S. 102 ff.) Er schließt aus dem Umstande des strafrechtlchen Schutzes für Rechtsgüter des bürgerlich rechtlichen Verkehrs, daß die Zustimmung des Verfügenden jederzeit einer an sich unerlaubten Handlung (§ 823 BGB.) die Rechtswidrigkeit beseitige, da alle Güter gleich zu

[1]) Vgl. die Begründung unter II „Heilbehandlung im uneigentlichen Sinn" S. 57 ff. 26.

behandeln seien. (99 42 ff.) Die Einwilligung des Verfügenden sei also ein privatrechtliches Verfügungsgeschäft und unterliege deshalb den Vorschriften über Rechtsgeschäfte. Wenn die im bürgerlichen Recht aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind, insbesondere auch die negativen, daß also wegen des verfolgten Zweckes und der Art der Herbeiführung des Zweckes die Einwilligung nicht gegen die guten Sitten verstoße, so würde durch sie die Rechtswidrigkeit einer Handlung ausgeschlossen sein.

Darauf kann es in unserem Falle nicht ankommen. Ist nämlich die Einwilligung ein Rechtsgeschäft und unterliegt sie als solche den Regeln über Rechtsgeschäfte, so kann sie auch nur da wirksam werden, wo durch die Handlung, für die sie die Rechtswidrigkeit ausschließen soll, über einen Gegenstand verfügt wird, der Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs ist. Unbestritten ist aber, daß dies nur Sachen sind, und zu diesen Sachen nicht der menschliche lebende Körper oder dessen Teile zu zählen sind (Komm. d. R.G.R. S. 133 134). Gerade die spezifische Tätigkeit des Arztes liegt aber darin, daß er durch seine Handlungen über den lebenden Körper des Patienten verfügt. Deshalb kann die Einwilligung in derartige Handlungen nicht ein Rechtsgeschäft nach bürgerlichem Rechte sein. Im Ergebnis sind sich darin die meisten Schriftsteller einig. Vgl. Allfeld S. 354, Lobe S. 16, Frank a.a.O.

Das R.G. kommt in E.Str. 41 392 (395) auf Grund ganz ähnlicher Untersuchung zu diesem Resultat. Es führt dort aus: Die Einwilligung in eine Handlung, die an sich ehrenkränkend erscheint, ist keine Verfügung über ein Recht oder Rechtsverhältnis, denn der Mensch steht zu seiner eigenen Ehre nicht in einem Rechtsverhältnis. Die Ehre gehört vielmehr, wie das Leben und die körperliche Unversehrtheit, zu den sog. Rechtsgütern, die zwar Dritten gegenüber Rechtsschutz genießen, selbst aber nicht Gegenstand eines Rechtes ihres Trägers sind. Deshalb können die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die besonderen Gründe der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Einwilligung keine Anwendung finden.

Frank will die rechtfertigende Kraft der Einwilligung darnach bemessen wissen, „ob die Handlung vorzugsweise im Interesse der Allgemeinheit (des Staates oder der Gesellschaft) oder des unmittelbar Verletzten verboten ist.“ (S. 137). Dabei soll zur Richtschnur genommen werden, daß das einem Antragsdelikte zu Grunde liegende Verbot nur im Interesse des Verletzten ergangen ist, dessen Einwilligung die Rechtswidrigkeit also ausschließt. Ferner: „daß bei einem Privatklagedelikt, auch wenn es kein Antragsdelikt ist, das Interesse des Ver-

letzten solange vorwaltet, als das staatliche nicht durch einen besonderen Umstand begründet wird."

Richtig ist, daß man die Deliktsformen des Strafrechtes zwar einteilt in solche, die den Staat als solchen verletzen, z. B. Hochverrat, dann in solche, die das Zusammenleben der Gesellschaft benachteiligen, z. B. Brandstiftung, Urkundenfälschung und schließlich in solche, die nur die Rechte einer einzelnen Person verletzen, z. B. Körperverletzung. Beizustimmen ist auch der Ansicht, daß man nicht abstrakt festsetzen könne, diese Norm schützt nur Rechte des Staates, jene nur solche des Einzelnen. Denn wie will man unterscheiden, wenn gleichzeitig und gleichwertig zwei Interessen nebeneinander bestehen, wie im Falle der falschen Anschuldigung. Es kann also ein Tatbestand nur aufgestellt sein im überwiegenden Interesse entweder des Staates oder der Gesellschaft oder des Einzelnen. Dafür aber, ob generell oder im einzelnen Falle der Staat oder die Gesellschaft kein bezw. ein geringeres Interesse an der Bestrafung dieser Tat hat, darf es nicht auf das Antragsrecht oder auf die Zulässigkeit der Privatklage für den einzelnen Fall ankommen. Würden diese Merkmale ausreichen, so sollte auch dann eine Privatklage bei der oben erwähnten falschen Anschuldigung zulässig sein, wenn der Staat kein oder doch nur ein sehr geringes Interesse an der Tat hat. Die Frank'sche Lösung dürfte wohl rein äußerliche Momente heranziehen, die für eine tatsächliche Lösung des Problems nicht ausreichend und ausschlaggebend sind.

Richtig dürfte in dieser Richtung die Ansicht von Allfeld sein, soweit er von der Geschichte ausgeht (S. 145). Nach dem römischen Rechte hatte die Einwilligung zweifellos Straflosigkeit zur Folge; aber bereits im gemeinen Rechte war die Tragweite des Satzes „volenti non fit injuria" bestritten". Für das geltende Recht ist maßgebend (S. 141) „ob die Rechtsordnung ein Gut ausschließlich im Interesse des Einzelnen, dem es zunächst zusteht, oder zugleich auch im Interesse der Allgemeinheit schützt. Die Frage ist verschieden zu beantworten, je nach der Natur der einzelnen Verbrechensart, wonach die Einwilligung teils keinen Einfluß ausübt, teils eine Milderung der Strafe bewirkt, teils die Rechtswidrigkeit und damit die Strafe ausschließt. Im Sinne des geltenden Rechtes ist aber anzunehmen, daß die Rechtswidrigkeit und damit die Bestrafung im Falle der Einwilligung wegfällt. Das zeigt sich in der Strafdrohung. Wenn der Täter einen anderen auf Verlangen tötet, so wird er mit Gefängnis bestraft. Wenn der Täter nicht den Vorsatz hat, einen anderen zu töten und ihm deshalb nur eine Verletzung beifügt mit einer der in § 224 aufgezählten Folgen, so soll er mit

Zuchthaus strafbar sein. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß auch die Strafdrohung allein nicht die Natur einer Norm bestimmt.

Der Grund, warum in diesem Falle die Einwilligung eine unrechtsausschließende Kraft haben soll, in jenem nicht, dürfte nicht allein im Strafrecht zu suchen sein; denn hier ist wohl ausschlaggebend, daß die Einwilligung weder im allgemeinen Teil noch im besonderen als einer der Gründe, die die Strafe ausschließen, aufgezählt ist und die Aufzählung des StGB. als eine vollständige anzusehen ist. (Vgl. R. G. a. a. O.) Würde man aus dem Strafrecht allein auf die Natur des Deliktes der Körperverletzung und des Verhältnisses zu der hier speziell interessierenden Frage schließen wollen, so müßte man unbedingt berücksichtigen, daß die §§ 140 ff. infolge der Aufhebung der Wehrpflicht gegenstandslos geworden sind. Daraus, daß heute die Selbstverstümmelung oder die Verstümmelung zum Zwecke der Entziehung vom Militärdienste nicht mehr strafbar ist, könnte man schließen daß der einzelne Deutsche unbeschränkter Herr seiner Körperkräfte und seines Körpers ist. Dieser Vorgang darf aber nicht allein maßgebend sein, sondern gerade durch ihn werden wir auf die Grundlage für die Berechtigung von Strafvorschriften überhaupt hingewiesen, auf den Aufbau des gesellschaftlichen Zusammenlebens in einem Staate mit seinen Rechten und Pflichten für den Einzelnen.

Das R. G. verweist nach dieser Richtung hin auf das allgemeine Wohl. Gleichgültig, ob der Leitsatz des Entw. zu einem allgemeinen preußischen Landrechte von 1874: „Das allgemeine Wohl ist der Grund der Gesetze", wohl nachklingen mag, sei mit den Worten Rud. Stammlers[1]) dieser Begriff dahin beurteilt, daß „das gemeine Wohl ein Gemisch von unendlich verschiedenen Ingredienzien ist (Schlosser). Es ist nichts als der Ausdruck des sehnenden Wunsches nach dem richtigen Maße, das einen von den bloß subjektiven Begehrungen freimachen könnte. Der Wunsch und Wille nach einer Gesetzmäßigkeit, das Schaffen und Ueben des Rechtes, nach einem allgemein gültigen Halte im Tosen der nur persönlichen Bestrebungen. die Hoffnung auf ein einheitliches Verfahren im Sinne eines gerechten Waltens, auf einen klaren Zielpunkt für ordnende Maßnahmen, — alles dies, das Hoffen und Sehnen, das Wünschen und Wollen nach einem gegenständlich Richtigen, das drückt die Verweisung auf das gemeine Wohl aus."

Für die Beurteilung der vorliegenden Frage, einer ausdrücklich vom Kranken geforderten unsachgemäßen Behandlung

[1]) Rud. Stammler, die Lehre vom richtigen Recht S. 195 ff.

ist es unnötig, auf das gemeine Wohl zu verweisen; denn auf Grund der Rechtsentwicklung besteht für diesen Fall eine positive Vorschrift in Art. 163 R.V. Aus der Geschichte ergibt sich aber auch die Kritik für die anderen aufgeführten Ansichten.

In der frühesten Zeit, in der man von einer staatlichen Ordnung sprechen kann, weil schon bei ihr das Kriterium des Staates, nämlich ein Zwangsapparat mit einer Rechtsordnung verhanden war,[1]) bestand die sog. Blutrache. Es bestand eine Norm, die dem Schutze des Lebens und des Körpers diente und nur durch den in seinen Interessen selbst Verletzten ausgeübt wurde. Von dieser subjektiven Befugnis aus wurde diese Norm als Blutrache bezeichnet. Durch die Wandlung in der Auffassung des Staates, der im Mittelalter angefangen bis in die neueste Zeit den Untertanen mehr und mehr als Objekt der Staatsverwaltung betrachtete, reagierte die Rechtssprechung derart, daß der bereits vorhandene Zwangsakt zunächst nicht mehr durch den Verletzten selbst, sondern durch ein vom Staat aufgestelltes Organ, dem Richter, ausgeübt wurde. Deshalb sprechen auch viele erst nach Eintritt einer solchen Arbeitsteilung vom Staate. Dies war bereits unter den Karolingern der Fall. Die spätere Zeit hat auch diese Einteilung, daß der Einzelne vor dem Richter klagen konnte, für die strafrechtlichen Klagen beseitigt und dafür ein eigenes Organ geschaffen, das wir heute als Staatsanwaltschaft bezeichnen. Er entzog dem Einzelnen alle Rechte zur selbstständigen Verfolgung der Tat und seit Neuestem gibt er sie dem Verletzten wieder mehr und mehr zurück. Diese letzte Erscheinung hat aber nicht die Bedeutung, daß er ihm wieder sein früheres Recht einräumt, sondern ihr Grund liegt darin, daß der Staat seine Beamten und seine Finanzen zu entlasten sucht. Es folgt also aus dieser Entwickelung, daß jetzt wie früher der Einzelne das Recht besitzt, die Störung des Gemeinschaftslebens durch einen gegenteiligen Akt das Einverständnis mit der Tat, die Folgen der Rechtswidrigkeit der Tat soweit zu beseitigen, als dadurch seine Interessen verletzt werden.

In dem heutigen sozialen Rechtsstaate hat der Staat dem Einzelnen gegenüber nicht mehr Recht als gesetzlich festgelegt ist. Für unseren Fall kommt für das geltende Recht die Reichsverfassung von 1919 in Betracht. Diese schreibt in Art. 163 vor, daß jeder Deutscher, unbeschädigt seiner persönlichen Freiheit, die sittliche Pflicht habe, seine körperlichen und geistigen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert. In Verbindung mit Art. 133 und 134, wonach jeder

[1]) Kelsen, Allg. Staatslehre S. 24 ff.

Staatsbürger verpflichtet ist, persönliche Dienste zu leisten und nach Verhältnis zu den öffentlichen Lasten beizutragen, ist hieraus zu schließen, daß der einzelne Deutsche seine geistigen und körperlichen Fähigkeiten so instand zu halten hat, daß er dieser Verpflichtung nachkommen kann. Es darf also der Einzelne nicht völlig frei über seinen Körper verfügen, z. B. Selbstverstümmeln oder sich in einem Krankheitszustand gehen lassen, um dann der öffentlichen Fürsorge anheim zu fallen. Er ist also in seiner Verfügungsfreiheit nach diesen Bestimmungen beschränkt.

Man kann nun einwenden, daß der herangezogene Art. 163 R.V. ebenso wie die anderen Artikel lediglich Programmsätze aufstellen, weil er nur von einer sittlichen Pflicht spricht.[1]) Dem ist auch beizustimmen, daß hieraus dem Staatsbürger keine Rechtspflicht entsteht. Es handelt sich aber auch nicht darum, die Frage zu beantworten, ob jemand sich selbst verstümmeln darf oder nicht, sondern darum, wie die Handlung eines Dritten zu beurteilen ist, der auf Verlangen des zu Verletzenden an diesem eine Verstümmelung oder sonstige unsachgemäße Behandlung vornimmt. Gewährt dieser Art. 163 somit auch keine positive Rechtspflicht zu einem So- oder Andershandeln, so verwahrt er doch ein gegen sein Programm gerichtetes Handeln als rechtsgültig zu erachten. Infolge dieser negativen, aktuellen Rechtswirksamkeit dieses Programmsatzes ist eine im Widerspruch dazu stehende Einwilligung in eine von einem Dritten tatbestandsmäßige Körperverletzung rechtsungültig.[2])

In dem obenerwähnten Falle des ausdrücklichen Verlangens nach einer unsachgemäßen Behandlung von seiten des Arztes entgegen den Grundsätzen der ärztlichen Kunst, hat daher der Behandelnde die Pflicht, entweder die Behandlung abzulehnen oder, wenn er sie vornimmt, sie nach den Grundsätzen der ärztlichen Kunst vorzunehmen, da die Einwilligung in solchen Fällen durch das Staatsinteresse ersetzt wird. Nimmt aber der Behandelnde die Behandlung trotzdem in der geforderten Art vor, so kommt es nur auf die Zurechenbarkeit zur Schuld des Täters an, damit er bestraft werden kann.

---

[1]) Anschütz, Komm. R. V. Art. 163 Anm. 2 und Vor. z. 2. Abschn. N. 6.

[2]) Eine Stütze findet diese Deduktion in ihrer Auswirkung einerseits in dem von Zitelmann für die Rechtswidrigkeit der Einwilligung aufgestellten Prinzipe, daß sie wegen ihrer rechtsgeschäftlichen Natur nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen dürfe, andererseits in der Entsch. R.G.Str. 61,243, weil letzten Endes der Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung auf der Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit fußt. Erwähnt möge auch werden Rud. Stammler's Richtiges Recht.

Das R.G. äußert sich über diesen Fall des ausdrücklichen Verlangens einer unsachgemässen ärztlichen Behandlung in einer bürgerlich rechtlichen Entscheidung (bei Ebermayer S. 90 a.a.O. zitiert) daß „für die zivile Behandlung dieses Falles ein gröblicher Verstoß gegen die guten Sitten (§ 826 B.G.B.) anzunehmen ist." Eine Bestrafung wegen Körperverletzung dürfte jedoch in einem solchen Falle kaum zulässig sein. Legt man der Einwilligung des Kranken die — genannte — befreiende Wirkung bei, so wird letztere nicht nur bei sachgemäßer sondern auch bei einer vom Kranken ausdrücklich gewollten sachwidrigen Behandlung einzutreten haben."

Im Ergebnis ist unsere Ansicht folgendermaßen zusammenzufassen: Die an sich den Tatbestand der Körperverletzung erfüllende ärztliche Handlung ist an und für sich rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit der Handlung wird aber beseitigt durch die Einwilligung des zu Behandelnden, wenn diese in Uebereinstimmung mit den Staatsinteressen steht. Dieser Form der sog. Einwilligungstheorie ist deshalb beizupflichten, weil sie 1. eine generelle einheitliche Grundlage für alle Fälle der ärztlichen Handlung im eigentlichen Sinne bildet und 2. in der Praxis zu Ergebnissen führt, die nach den Grundsätzen eines sog. richtigen Rechtes stets zu billigen sind.

Zum Beweise der zweiten Behauptung seien kurz einzelne Fälle der Heilbehandlung im eigentlichen Sinne betrachtet: Die zum Zwecke der Heilung vorgenommene Behandlung steht in Uebereinstimmung mit den Interessen des Staates und ist bei erteilter Einwilligung nicht rechtswidrige Körperverletzung. Ebenso steht es bei Transplantationen und Transfusionen, seien sie vorgenommen von einem Teil des zu behandelnden Körpers auf einen anderen Körperteil oder von einem Dritten auf den zu behandelnden Kranken. Auch die wissenschaftlichen ärztlichen Versuche dienen grundsätzlich den Staatsinteressen; daher ist die hierzu erteilte Einwilligung rechtsgültig. Bei einer ärztlichen Behandlung, die lediglich hemmende Wirkung bezweckt, ist in Betracht zu ziehen, daß das Staatsinteresse hierbei darin besteht, daß mit der aufgestellten Rechtsordnung des Staates möglichst viele Staatsbürger zufrieden sind und sie billigen. Sollen sie dieses, so muß der Staat auch an der Erhaltung ihres Lebens Sorge tragen und darf nicht Gewaltakte wie z. B. die Aussetzung bei den Spartanern als rechtsmäßig zulassen. Beim Vergleiche dieser Fälle mit dem oben erörterten ergibt also unsere Ansicht in der Praxis zu billigende Ergebnisse.

Tritt der bezweckte Erfolg nicht ein, sei es infolge Unfleißes, Unkunst oder eines Kunstfehlers des Behandelnden, so liegt nach dem Dargelegten bei Einwilligung des zu Behandeln-

den keine rechtswidrige Körperverletzung vor. Diese Einwilligung zur Körperverletzung erstreckt sich aber nicht ohne weiteres auf die Gesundheitsbeschädigung. Diese bleibt vielmehr rechtswidrig. Es kommt also in einem solchen Falle lediglich darauf an, ob der Unfleiß, die Unkunst oder der Kunstfehler ursächlich für die Gesundheitsbeschädigung war und ob eine Art dieser Mißgriffe dem Behandelnden in einer Schuldform vorwerfbar ist.

Gegenüber der Ansicht Belings besteht Uebereinstimmung darin, daß es letzen Endes auf den Erfolg ankommt. Der Unterschied besteht aber darin, daß es nicht darauf ankommt, daß ein theoretisch objektiv festgelegter Enderfolg eintritt, nämlich, daß der Enderfolg dem „Körperinteresse" fördernd ist, sondern darauf, daß beim Zwischeneingriff bereits der gewünschte Erfolg eintritt. Infolgedessen sind auch die lediglich im wirtschaftlichen oder ästethischen Interesse des Patienten vorgenommenen Eingriffe straflos, z. B. die Beseitigung von Schönheitsfehlern oder die Beseitigung von Falten bei einer alternden Schauspielerin oder das Anoperieren von Schönheitseffekten.[1])

---

§ 5. Fortsetzung: Die Eigenschaften einer gültigen Einwilligung.

Ist also die Einwilligung des zu Behandelnden in die Körperverletzung als das die Rechtswidrigkeit ausschließende Moment zu betrachten, so ist zu erörtern, welche Eigenschaften die erteilte Einwilligung außer ihrer Beschränkung auf den mit dem Staatsinteresse übereinstimmenden Zweck aufweisen muß, um rechtswirksam zu sein.

Hier ist zunächst die abgelehnte Lehre Zitelmanns, nach der die Einwilligung ein Rechtsgeschäft ist und analog den Bestimmungen des BGB. zu behandeln wäre, festzustellen. Die Einwilligung ist vielmehr eine Rechtshandlung, die weder Rechtsgeschäft noch Delikt ist. Solche Rechtshandlungen zerfallen nach Manigk (Willenserklärung und Willensgeschäft S. 364 ff.) in rein äußere Handlungen, in Handlungen, die mit besonderen inneren Tatsachen verknüpft sind und in Willensmitteilungen. Der ersten Gruppe ist wesentlich die rein äußerliche Handlung, bei deren Vornahme ex lege eine Rechtswirkung eintritt. Der letzten ist wesentlich die Kundgebung einer Vorstellung, eines

[1]) Hinsichtlich einer sonstigen Körperverletzung ergibt sich das Resultat, daß die Einwilligung des sog. Verletzten grundsätzlich ohne Bedeutung ist und die Tat an und für sich trotz der Einwilligung strafbar ist, wenn die Schuld des Täters vorhanden und ein nötiger Strafantrag gestellt ist.

Urteils oder einer Ueberzeugung, die mitgeteilt wird. (S. 701). Beides trifft auf die Einwilligung nicht zu. Vielmehr liegt bei ihr der Nachdruck darauf, daß sie sich „lediglich als Perfektion einer auf ein äußeres Verhalten beziehenden, erheblichen, inneren Tatsache (auf Gesinnung, Ueberzeugung, Willen) darstellt, bei der also der Handlungsakt nicht fixiert wird." Hierher rechnet Manigk die Verzeihung und die Zustimmung im Falle des § 1565 II BGB. (S. 652) Diesem zweiten Falle steht die hier zu erörternde Einwilligung völlig gleich; denn beide beziehen sich auf ein rein tatsächliches Verhalten eines Dritten — dort des anderen Ehegatten, hier des Arztes — und enthalten eine Einwilligung in dieses Verhalten, dort der Doppelehe, des Ehebruchs oder der widernatürlichen Unzucht, hier des ärztlichen Eingriffes oder der Behandlung. „Sie darf also nicht als Gefühlsäußerung oder Erklärung hingestellt werden, weil sonst der Anschein einer Willenserklärung hervorgerufen würde." Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß auf die Einwilligung auch nicht analog die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes anzuwenden sind, sondern daß ihre Rechtsgültigkeit lediglich bestimmt wird durch die Grundnormen des Rechtes überhaupt, vielleicht am besten ausgedrückt mit den Worten: Sie ist zu beurteilen nach den Grundsätzen des „Richtigen Rechts."

Für die einzelnen Punkte ist zu unterscheiden zwischen den Eigenschaften der Erklärung selbst und denen in der Person des Erklärenden.

Unbestritten ist hinsichtlich der Eigenschaften der Erklärung selbst, daß sie zur Zeit der Tat vorliegen oder während derselben erteilt sein muß und daß sie stets widerrufen werden kann. (Allf. 141, 345, Zitelmann 82, Frank 137). Von einer nachträglichen Genehmigung kann keine Rede sein (Vgl. RG. 25, 375 und Obengenannte und unten § 17, 6). Eine Kenntnis des Täters von der Einwilligung ist nicht erforderlich. Weiterhin muß die Erklärung eine ernsthafte sein und darf nicht nur zum Scheine abgegeben sein. Unbestritten ist auch, daß die Erklärung durch einen freien Willensentschluß herbeigeführt sein muß (RG. 41,392) Insbesondere darf sie nicht durch eine falsche Darstellung des Arztes über die Erkankung und über die möglicherweise eintretenden Folgen ohne oder durch die Operation hervorgerufen sein. Doch ist es grundsätzlich eine Frage der ärztlichen Taktik, wie weit der Arzt eine Aufklärungspflicht hat. Es kann im einzelnen Falle auch ein begründetes Schweigen gerechtfertigt sein und auf die Rechtsgültigkeit der Einwilligung ohne Einfluß sein. Bestimmte Regeln lassen sich hier nicht aufstellen, sagt mit Recht Ebermayer a.a.O. S. 131.

Hinsichtlich des Umfanges der Einwilligung führt die Entscheidung RG. 25, 375 aus, daß, wenn der Arzt gerufen wird, die Zustimmung vorliegen wird. Es sind auf dem Boden der tatsächlichen Vermutungen für die Auslegung des vernünftigen Willens der Beteiligten, besonders bei unklaren und schwankenden Aeußerungen aus dem von Staat anerkannten und sonst wertvollen Berufe des Arztes wertvolle praktische Folgerungen zu Gunsten des Arztes im Sinne eines im aktuell zur Seite stehenden Konsenses der Beteiligten zu ziehen. „So gewiß der Auftrag zum Heilverfahren keine unbeschränkte Gewalt über die Person des Patienten einräumt, so ist der Patient auch befugt, jedem einzelnen Heilmittel zu widersprechen." Z. B. dürfte die Aufnahme in ein Krankenhaus für den Leiter desselben eine weitergehende Befugnis einräumen hinsichtlich der vorzunehmenden Maßnahmen als einem Privatarzt, jedoch nicht eine generelle Ermächtigung zu allen ihm notwendig erscheinenden Maßnahmen. Hierher gehört auch der Fall, daß der Patient die Tragweite des Eingriffes, zu dem er seine Einwilligung gegeben hat, nicht beurteilen kann. Wenn z. B. gesundheitsgefährliche Eingriffe an armen Kranken in Krankenhäusern zu Versuchszwecken gemacht werden, dürfte die Frage der Einwilligung besonders streng zu prüfen sein. (So Ebermayer a.a.O. S. 131, Frank S. 458). Es wirkt also die Einwilligung nur soweit, als sie erteilt ist.

Fraglich erscheint, wie weit sich die Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriffe auf vorbereitende und begleitende, fachtechnische Nebenverrichtungen erstreckt. Im Anschluß an die RG. Entsch. Str. Bd. 61, S. 393 ist dahin zu entscheiden, daß sie, soweit sie ohne Vereitelung des Erfolges nicht weggedacht werden können, grundsätzlich von der Einwilligung zum Haupteingriffe selbst nicht ohne weiteres umfaßt werden, auch wenn diese Maßnahmen minder einschneidender Natur sind. Es ist vielmehr der Inhalt der Einwilligung stets nur im Wege der Auslegung im Einzelfalle zu bestimmen und es kommt dabei wesentlich auf die Person, Anschauung, Kenntnis des Erklärenden, nicht auf den Standpunkt, den die ärztliche Berufskunde vertritt, an. Von diesen Begleitumständen sind zu unterscheiden die zur Durchführung des ärztlichen Eingriffes „nach ärztlicher Erfahrung erforderlichen" Maßnahmen, das sind die in der ärztlichen Fachkunde erprobten und anerkannten Maßnahmen fachtechnischer Art, ohne die die Operation nicht durchgeführt werden kann, z. B. Narkose, Fesselung. Auf diese Maßnahmen wird sich grundsätzlich die Einwilligung ohne weiteres erstrecken, außer es handelt sich um einen Exzeß, z. B. schwere Schläge bei einem Kinde oder um einen besonderen Vorbehalt des Erklärenden.

Im Mittelpunkte des Streites aber steht das Erfordernis, daß die Einwilligung ausdrücklich erklärt sein muß. Im allgemeinen wird nicht verlangt, daß die Einwilligung ausdrücklich mit Worten erklärt werden muß, sondern es genügt, daß sie aus den Handlungen des Erklärenden gefolgert werden kann. Auch nach unserer Ansicht genügt grundsätzlich eine Erklärung durch sog. schlüssige Handlung. Wenn aber bei der Pararellstellung mit der Verzeihung des § 1565 B.G.B. das Schwergewicht gelegt wurde auf die innere Tatsache, d. h. auf die Willensübereinstimmung des Patienten mit der Behandlung des Arztes, so ist doch prinzipiell daran festzuhalten, daß dieser Willensentschluß nach außen in Erscheinung tritt, entweder durch wörtliche Erklärung oder durch ein Verhalten. Es kann also auch das bloße Geschehenlassen der Tat nach dieser Ansicht die Bedeutung der Einwilligung haben. (vgl. Allfeld S. 141)

Der Grundsatz des R G., der Wille des Patienten ist es, der den Arzt legitimiert, stösst auf Schwierigkeiten, wenn es sich um Fälle handelt, in denen es dem Behandelnden nach Lage der Umstände nicht möglich ist, die Einwilligung in die Vornahme eines medizinischen Eingriffes zu erlangen, weil etwa der Kranke bewußtlos oder als Geisteskranker nicht zurechnungsfähig ist, oder weil er jugendlich ist, oder weil die Einwilligung in eine weitergehende als die ursprünglich bewilligte Operation wegen Bewußtlosigkeit des Patienten nicht herbeigeführt werden kann, oder weil die Verweigerung der Einwilligung seitens des gesetzlichen Vertreters sich als ein Mißbrauch darstellen würde. Aus den E.R.G.Str. Bd. 25 S. 375 und Bd. 38 S. 34 und E.Z. J. W. 40 S. 748 ist zu entnehmen, daß in derartigen Eilfällen die Einwilligung des Kranken oder seines gesetzlichen Vertreters zu präsumieren ist. Klee a. a. O. S. 7 ist beizustimmen, daß „mit einer Präsumtion der Einwilligung des Patienten oder des gesetzlichen Vertreters in einem solchen Falle nichts gewonnen ist". „Der Kranke oder sein Vertreter kann ebenso wie das Gericht hinterher die Präsumtion für unbegründet erklären und dann eine wegen Mangel der Einwilligung rechtswidrige und darum strafbare – wenn auch in der Regel nur fahrlässige — Körperverletzung annehmen." Finger (Lehrb. I, 405 ff.) glaubt auf Grund dieser Fälle den Schluß ziehen zu können, daß die Lehre der Einwilligung unzureichend ist, „weil auch die Supplierung der fehlenden Einwilligung durch Einholung der Zustimmung von Angehörigen nicht zugelassen werde". Kahl betont in Z. St. W. 29/362: Man arbeitet dann mit einer Vermutung. „Das ist keine Präsumtion mehr, sondern eine absolut willkürliche Fiktion. Denn ebenso wahrscheinlich, wie die Annahme, daß der Patient die Operation gestattet, ist das Gegenteil, daß der Patient Angst hat vor dem Operationstisch."

Um hier zu einem Ergebnis zu kommen, ist in die Betrachtung der Fall hereinzuziehen, daß ein Arzt, sei es mit oder ohne irgendwelche Aufforderung, einen bewußtlosen Selbstmörder, z. B. bei Vergiftungs- oder Ertränkungsversuchen, Hilfe darbringt. Es ist zu berücksichtigen, daß für den Arzt eine förmliche Rechtspflicht, Hilfe zu leisten, — abgesehen von besonderen Fällen, wie öffentliche Krankenhäuser, Rettungstellen oder eine Aufforderung nach § 360 Z. 10 Str.G.B. — auf Grund Gew.O. § 144 Abs. 2 nicht besteht.[1]) Kann man in den ersten Fällen noch annehmen, daß deshalb, weil der Selbsterhaltungstrieb im Menschen am stärksten ausgeprägt ist und es überwiegend auf die innere Tatsache ankommt, mindestens ein entschuldbarer Irrtum des Behandelnden über das Vorliegen einer Einwilligung vorhanden ist, so fehlt es im zweiten Falle auch hieran. In allen Fällen ist grundlegend, daß kein Mensch die Rechtspflicht hat, zu leben, wohl aber die sittliche Pflicht. Diese sittliche Pflicht hat den Rang einer Rechtsnorm. Es ist daher eine Willensäußerung, die einer dieser sittlichen Pflicht des Arztes entsprechenden Handlung widerspricht, rechtsungültig. Die fehlende Einwilligung wird durch das Interesse eines jeden Staates an der Gesundheit seiner Untertanen ersetzt. Daher handelt auch in diesen Fällen der Arzt mit Einwilligung.[2])

Eine eigenartige Stellung nimmt die zivilrechtliche E. R.G. III. Z. S. v. 30. VI. 1911 (Ebermayer a.a.O. S. 127) ein. Sie führt aus: „Handelt der Arzt, mögen auch die übrigen Voraussetzungen der Nothilfe vorliegen, gegen den Willen des Gefährdeten — z. B. Selbstmörder — so bleibt er wegen Körperverletzung usw. strafbar, jedoch nur, wenn der Patient sich ausdrücklich gegen den Eingriff erklärt hat, nicht auch beim Handeln ohne den Willen des Kranken, was insbesondere gegenüber bewußtlosen Kranken von Bedeutung ist.“ Nach der E.R.G.Str. Bd. 61 S. 254 steht der mutmaßliche Wille des Kranken dem wirklichen gleich, entsprechend dem in § 677 BGB. zum Ausdruck gebrachten Gedanken.

Was die Voraussetzungen in der Person des Einwilligenden anlangt, so bildet ebenfalls den Mittelpunkt eines Streites die Frage, bis zu welchem Alter ist die Einwilligung eines Kindes belanglos und wann muß die Einwilligung durch die Zustim-

[1]) Ebermayer S. 11 (Aerztestreik) schließt den Mangel einer Rechtspflicht aus der strafrechtlichen Beurteilung des ärztl. Eingriffes von seiten des RG.

[2]) Hierdurch wird der Arzt nicht der Wahrer öffentlichen Interesses oder des wahren Wohles des Patienten, sondern es wird auf Grund der Wahrscheinlichkeitsrechnung, daß bei genügender Zeit auch der derzeitig anormale Zustand des Patienten, indem die zum Tode oder zur Erduldung einer Krankheit drängenden Momente überwiegen, beseitigt werden kann, die Willensäußerung in einer sittlich billigen Weise ersetzt.

mung des zur Sorge um die Person des Kindes oder Mündels Berufenen ersetzt werden.

Grundlegend ist dafür die Frage nach dem Charakter der Einwilligung, sodaß diejenigen, die die Einwilligung als Rechtsgeschäft auffassen, nur dann die Einwilligung für rechtswirksam erklären, wenn sie von einem voll Geschäftsfähigen abgegeben wurde. So z. B. Zitelmann. In J. W. Bd. 40 S. 748 fordert das R. G. (Z. S.) auch dann wenn man die Einwilligung als rein tatsächliche Handlung auffaßt, die Zustimmung des für die Person des Minderjährigen Berufenen mit Rücksicht auf die schwerwiegende Bedeutung der Einwilligung und mit Rücksicht auf das mit der elterlichen Gewalt wie mit dem Amte des Vormunds verbundene Recht der Sorge um die Person des Mündels oder des Kindes. In einer Entscheidung (Gold. A. 51 44) hat das R. G. bei einer tätlichen Beleidigung durch außerehelichen Beischlaf festgestellt, „daß die grundsätzliche Annahme, der Satz, volenti non fit in juria, finde auf Personen unter 16 Jahren keine Anwendung, rechtsirrig sei und daß diese Ansicht im Widerspruch mit der allgemeinen Auffassung des Lebens stehe."

Im Anschluß hieran ist zu betonen, daß ebenso wie die Ehre der Körper eines lebenden Menschen ein unveräußerliches Gut ist, das ebenso strafrechtlich geschützt ist. Wenn das R. G. nun für die geschlechtliche Ehre als Lebensauffassung feststellt, daß sie einem über 14 Jahre alten geistig und sittlich normal entwickelten und daher — mindestens im Zweifel und abgesehen von ganz eigentümlich gestalteten Verhältnissen — ausreichendes Verständnis für die Natur, sowie die physische und sittliche Bedeutung des geschlechtlichen Verkehrs besitzenden Mädchen in der hier fraglichen Beziehung als Befriedigung eines natürlichen sinnlichen Triebes das Verfügungsrecht über die Geschlechtsehre zugesteht, so dürften solche Erwägungen auch die Lebensauffassung für die Berechtigung des ärztlichen Eingriffes darstellen. Als eine weitere Grundlage dafür, daß nicht das Ende der Sorge um die Person eines anderen ausschlaggebend, für das Verfügungsrecht über seinen Körper innerhalb der gesetzlichen Schranken sein kann, dürfte die Bestimmung des § 1303 BGB. sein. Die Frau erlangt die Ehemündigkeit mit 16 Jahren. Ein festes Mindestalter gibt es aber trotzdem nicht, weil hiervon Befreiung bewilligt werden kann. Wenn also eine Frau vor 16 Jahren heiratet, so räumt sie wohl den wertvollsten Eingriff in ihrem Körper ihrem Gatten als Folge des ehelichen Lebens ein. Hier nun soll einer Person das Verfügungsrecht über ihren Körper zugestanden werden, während dann, wenn es sich handelt um die Heilung von einer schweren Krankheit der Wille und die Auffassung des gesetzlichen Ver-

treters ausschlaggebend sein soll? (Vgl. Zitelmann S. 103). Aber auch das Alter von 16 Jahren dürfte nicht als Mindestalter dafür anzusehen sein, daß die Einwilligung eines Minderjährigen objektiv rechtswirksam ist und zwar auf Grund folgender weiterer Erwägung: Das Jugendgerichtsgesetz bestimmt in § 3, daß ein Jugendlicher, der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, nicht strafbar ist, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner geistigen und sittlichen Entwicklung unfähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen. Zwar handelt es sich nur um einen Entschuldigungsgrund, der nur subjektiv wirkt, während für unsere Frage es sich um einen objektiv wirkenden Grund, sog. Unrechtsausschließungsgrund, handelt, so ist doch hieraus nur das Subjektive zu entnehmen, daß eine strafrechtlich bedeutsame Erklärung jeder über 14 Jahre alte Mensch abgeben kann, wenn er nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung fähig ist, die Bedeutung dieser Willenserklärung einzusehen. Eine solche Entwicklung kann aber der Arzt wohl am besten feststellen. (Vergl. Gesetz über religiöse Kindererziehung, nach dessen § 5 auch das 14jährige Kind über die Wahl des Bekenntnisses entscheiden kann.)

Im Ergebnis dürfte Frank S. 458 ebenso zu verstehen sein, wenn er schreibt: „Neben der grundsätzlichen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters wird auch die des Patienten selbst zu verlangen sein sofern er die Tragweite der Operation zu erkennen vermag." Ebenso Lobe S. 16 17: „Entscheidend ist nicht die Geschäftsfähigkeit zu bürgerlich rechtlichen Handlungen, sondern die Reife des Geistes für beachtliche Willenskundgebungen auf dem Gebiete des sozialen Lebens."

Nun wird man unserer Ansicht der Heranziehung des § 3 J. G. G. entgegengehalten, die E. R. G. Str. 41 392 (394) „auch die besonderen Strafausschließungsgründe des St.G.B. greifen nicht Platz, denn es handelt sich bei der Erteilung der Einwilligung nicht um die Begehung einer strafbaren Handlung seitens des Einwilligenden". Die Bestimmung § 3 J. G. G. soll auch nicht direkt angewendet werden. Es wird vielmehr aus dieser Bestimmung nur gefolgert, daß das Gesetz, das den Ausdruck der Beurteilung des Lebens durch ein Volk und dieses Volkes Lebensauffassung widerspiegelt, einen Jugendlichen in Beziehung zu einer tatsächlichen Handlung nach seiner geistigen und sittlichen Fähigkeit beurteilt wissen will. Da die Einwilligung ebenfalls eine tatsächliche Handlung auf dem Gebiete des Strafrechtes darstellt, ist auch die Lebensauffassung hierüber auf diese Bestimmung zu stützen.

Es ist also für die Person des Einwilligenden zu fordern, daß die Einwilligung dem behandelnden Arzte von einem Patienten erteilt wird, der 14 Jahre alt ist und die Bedeutung seiner Erklärung einsehen kann. Wenn diese Voraussetzung nicht gegeben ist, dann muß der Arzt die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters besitzen, damit seine Behandlung, die an und für sich eine rechtswidrige Körperverletzung darstellt, objektiv rechtmässig wird. Wenn aber wegen der unaufschiebbaren Notwendigkeit des ärztlichen Eingriffes entweder die Zustimmung des Patienten, z. B. Narkose oder natürliche Bewußtlosigkeit, oder die des gesetzlichen Vertreters nicht eingeholt werden kann, so hat der Arzt nach dem mutmaßlichen Willen des Kranken zu handeln, der sich bei objektiver Würdigung des Falles für einen normalen Menschen ergibt.

Hierher gehören auch die verschiedenen Fälle der Entmündigung. Sie sind ebenfalls darnach zu beurteilen, ob der Entmündigte die nötige Reife hat, um die Natur und die Bedeutung der ärztlichen Behandlung ermessen zu können oder nicht. Damit kommt man zu den praktisch brauchbarsten Ergebnissen; denn es kann der Arzt nicht jeden Patienten fragen, ob er entmündigt ist und es ist ihm nicht zuzumuten, eine solche Frage zu stellen, wenn er gelegentlich, aber ohne bestimmten Anhaltspunkt, von einem Entmündigungsverfahren des Patienten hört.

Das R. G. geht in diesen Fällen davon aus, daß der Irrtum über die Notwendigkeit der elterlichen Einwilligung ein zivilrechtlicher sei und dann wenn er durch keinerlei Fahrlässigkeit verschuldet ist, dem Angeklagten zu statten komme. (Vgl. Zitate bei Ebermayer S. 125; eine Aufzählung der einzelnen Fälle und der Entmündigung und deren Beurteilung bei Beitter S. 84 ff.)

---

2. Abschnitt:

Heilbehandlung im uneigentlichen Sinne.

§ 6.

Unter dieser Benennung wurden im I. Teile zusammengefaßt die Behandlungen zur Unterbrechung der Schwangerschaft, zum Zwecke der Unfruchtbarmachung und der künstlichen Befruchtung, weil in diesen Fällen Gegenstand des ärztlichen Zweckes ein drittes Objekt ist, das mit dem zu behandelnden Objekte in einem zeitlichen und räumlichen, in einem inneren Zusammenhang steht.[1])

[1]) Vgl. Hinsichtlich ähnlicher Unterscheidung Beitter S. 113, Ebermayer Krim. psych. Monatsschrift 1926 S. 410 ff. entgegen S. 353 (Arzt und Patient).

Dabei ist zu unterscheiden, ob die betreffende Behandlung eine solche Heilbehandlung im uneigentlichen Sinne zum alleinigen Zwecke hat, oder ob sie eine solche nur zum Begleitumstande hat, oder als Folge herbeiführt. In den letzteren Fällen ist die Handlung nach ihrem Hauptzwecke zu beurteilen, sodaß diejenige ärztliche Handlung, die z. B. eine Schwangerschaftsunterbrechung nur zur Folge hätte, lediglich nach den Gesichtspunkten für die eigentliche Heilbehandlung zu beurteilen wäre.

In denjenigen Fällen, in denen die ärztliche Handlung zum alleinigen oder zum hauptsächlichen Zwecke eine Heilbehandlung im uneigentlichen Sinne hat, kann die konkrete Handlung in der verschiedensten Form vorgenommen werden. Diese wurden bereits oben deshalb außer Acht gelassen, weil es sich um rein medizinische Fragen handelt.

Der in Frage stehende Tatbestand des § 218 R.Str.GB. lautet dahin, daß ein anderer, der die Frucht einer Frau im Mutterleibe oder durch Abtreibung tötet, wegen Abtreibung mit Gefängnis bestraft wird und zwar mit Zuchthaus, wenn die Tat ohne Einwilligung der Schwangeren oder gewerbsmäßig begangen wurde. Außerdem kommt hauptsächlich noch die fahrlässige Tötung des § 222 R.Str.GB. in Betracht.

Gegenstand der Abtreibung ist die lebende Frucht des weiblichen Schosses gleichgültig, in welchem Stadium der Entwicklung. Nur darf sie noch nicht Mensch im Rechtssinne sein. (Frank S. 449). Der Streit, ob auch die Mole, das krankhaft entartete Ei, Gegenstand der Abtreibung sein kann, mag dahin gestellt bleiben.

Die strafbare Handlung kann darin bestehen daß 1. die Schwangerschaft derart unterbrochen wird, daß ein Fortleben der Frucht ausgeschlossen ist. Eine Abart hievon bildet die sog. Perforation, d. i. die Tötung des lebenden Kindes erst nach Beginn der Wehen. A. A. ist Beitter, der sich auf die herrschende Lehre beruft. Mensch ist aber die Frucht erst nach Vollendung der Geburt. (§ 1 BGB.) Hinsichtlich des hierzu bekannten Streites soll nur erwähnt werden, daß die Vollendung der Geburt auch äußerlich in Erscheinung getreten sein muß, also mindestens ein Teil der Frucht aus dem Mutterleibe ausgestossen sein muß. (Vgl. Staudinger § 1 BGB.) Dies muß aber bei der Perforation nicht notwendigerweise der Fall sein.

Die Handlung kann 2. darin bestehen, daß die lebende Frucht vor ihrer normalen Austragung durch den ärztlichen Ein-

Ueber künstliche Befruchtung sagt dieser in Arzt und Patient S, 233: „Es kommt hier dazu, daß es zweifelhaft sein kann, ob man die künstliche Befruchtung überhaupt als Heileingriff bezeichnen kann; was ich tun möchte."

griff aus dem Mutterleibe ausgestossen wird (sog. künstliche Frühgeburt). Eine solche Handlung kann sowohl tatbestandmässige Abtreibung sein, wenn während der Ausstossung der Frucht oder schon vorher der Tod eintritt, oder fahrlässige Tötung, wenn erst nach einer teilweisen Ausstossung der Tod der Frucht eintritt.

Einen gesonderten Fall bildet der Kaiserschnitt und die Symphyseotomie (operative Beckenerweiterung). Sie trennt auch Beitter von den eigentlichen Heileingriffen deshalb, weil den Hauptzweck der Handlung die Errettung des Kindes darstellt. In diesen beiden Fällen kann auch eine ärztliche Handlung, die den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung, gegebenenfalls mit Todesfolge (§§ 223 a, 224) nach den besonderen Gesichtspunkten eines uneigentlichen Heileingriffes zu beurteilen sein. Ein andere Ansicht (vgl. Beitter S. 119) geht dahin, daß die Schwangere angesichts der Gebärunmöglichkeit sich in einem Krankheitszustande befindet, der geheilt werden soll. Ein solcher „Krankheitszustand" ist aber gerade mit Rücksicht auf das Objekt und auf den an und für sich natürlichen Vorgang des Kindergebärens eben nach den folgenden besonderen Gesichtspunkten zu beurteilen.

Nach den Gesichtspunkten des uneigentlichen Heileingriffes soll auch die Sterilisierung beurteilt werden. Nach dem geltenden Rechte ist in der Theorie bestritten, ob eine solche Handlung eine Körperverletzung ist und ob sie dann rechtmäßig und straflos ist, wenn sie mit Einwilligung des Weibes vorgenommen wurde oder ungeachtet der Einwilligung strafbar ist. Für die erstere Alternative ist Klee a.a.O. S. 1 ff. Er begründet seine Ansicht damit, daß kein schon vorhandenes anderes Rechtsgut in Frage kommt.

Rechtsschutz genießt die Frucht des weiblichen Schosses in jedem Stadium der Entwicklung. Der Zweck der Bestimmung geht also dahin, die Verfügungsfreiheit des Weibes über seinen Körper in dieser Richtung hin zu beschränken. Es ist daher kaum möglich, daß der Gesetzgeber im einzelnen Falle der Frau die Verfügungsfreiheit nach der Konzeption nimmt, ihr aber eine volle Verfügungsfreiheit über ihren Körper vor der Konzeption einräumt. Wenn der Gesetzgeber also schon im einzelnen Falle verbietet, einzugreifen, so ist daraus ad minori ad maius zu schließen, daß er auch solche Eingriffe verbietet, die die Frau generell einer Befruchtung entheben. Von diesem Gesichtspunkte aus handhabte die Regelung dieser Eingriffe mit Recht der Entw. eines Gesetzes zum Zwecke der Beseitigung der Zeugungs- und Gebärfähigkeit und der Unterbrechung der

Schwangerschaft vom 4. 7. 1918 (Reichstagsverhandlungen II. Session Bd. 325 Akt Nr. 1717).

Ebensowenig ist als Heileingriff im eigentlichen Sinne der Eingriff zum Zwecke der künstlichen Befruchtung zu betrachten, weil hier die Frau nicht an einer Krankheit leidet und der Zweck der Handlung sich auf ein drittes Objekt bezieht. Mit Recht betont aber Ebermayer a.a.O., daß das Problem zurzeit noch nicht von besonders praktischer strafrechtlicher Bedeutung ist.

Der an sich strafbare ärztliche Eingriff im uneigentlichen Sinne wird in der Theorie auf ähnliche Weise zu rechtfertigen versucht, wie die Behandlung des Arztes im eigentlichen Sinne. Die meisten Theoretiker, z. B. Allf. S. 145, Wessely, Notstand, Radbruck, Geburtshilfe, v. Calker Frauenheilkunde, nehmen an, daß ein Notstand vorhanden ist Der Notstand des Strafrechts § 54 R.Str.G.B. gewährt aber nur demjenigen einen Rechtsschutz, der für einen Angehörigen oder für sich selbst tätig wird. Der Notstand des § 54 stellt auch nur einen Entschuldigungsgrund dar. Ist daher der behandelnde Arzt nicht ein Angehöriger der Schwangeren, so kann die Befugnis der Schwangeren eine Abtreibungshandlung vorzunehmen, um ihr Leben oder ihre Gesundheit zu retten, von ihr nicht auf den Arzt übertragen werden. Dieser Standpunkt eines „eigentlichen Notstandes" dürfte deshalb unzureichend sein. Heimberger nimmt daher in Dtsch. Med. Wochenschrift 1918 S. 17 an, daß die Frucht im Mutterleibe Rechtsschutz nur unter der Bedingung genieße, daß sie ohne Lebensgefahr für die Mutter ausgetragen werden könne; andernfalls höre der Staat auf, der Frucht Rechtsschutz zu gewähren und ihre Entfernung werde eine indifferente Handlung. Für die Eingriffe zum Zwecke der Sterilisierung äußert er sich dahin, daß auch die Sterilisierung, sofern sie nur aus medizinischen Zwecken erfolge, um eine künftige Lebensgefährdung der Mutter zu verhüten, keine Körperverletzung sei, wohl aber, wenn sie zu anderen Zwecken erfolge. „Ob in diesen Fällen die Einwilligung der Kranken die Rechtswidrigkeit ausschließt, ist zweifelhaft." Von Liszt und Radbruch, Reform, wollen die Grenze der straflosen Abtreibung auf die zweite Hälfte des zweiten Monats bezw. (Radbruch) auf das dritte Monat der Schwangerschaft beschränken mit der Begründung, daß von da ab das Kind als selbstständiges Lebewesen zu erachten sei. Diese Begründung ist aber medizinisch unhaltbar. Schwarz (Lehrb.) betrachtet die Perforation als einen Fall der Notwehr, indem er den Arzt als Werkzeug der Mutter ansieht. Wieder andere, wie Oetker, stützen die Straflosigkeit

der in Frage stehenden ärztlichen Handlung auf das oben bereits erörterte Berufsrecht des Arztes.[1])

In diesem Widerstreit der Meinungen ist die richtige Ansicht diejenige Köhlers S. 371 und des R.G. Bd. 61/263 ff., daß es sich um einen Notstand des „ungeschriebenen Rechtes" handelt. Diese Ansicht des R.G. wurde bereits oben wiedergegeben. Darnach ergibt sich die Rechtslage, daß jeder Mensch eine Abtreibung oder einen sonstigen Heileingriff im uneigentlichen Sinne vornehmen kann, wenn es sich darum handelt, ein geringerwertigeres Gut einem höherwertigeren Gute zu opfern, oder eine geringerwertigere Pflicht zu Gunsten einer höherwertigeren Pflicht zu verletzen. Dabei bildet das Leben oder die Gesundheit der Mutter gegenüber dem Leben der Frucht das höherwertigere Gut, sodaß eine Abtreibung dann nicht rechtswidrig ist, wenn diese beiden Güter gegen einander pflichtgemäß abgewogen wurden. Denn es ist nach R.G.E.Str. Bd. 62 S. 138 9 für die Anwendung des Rechtssatzes eines „übergesetzlichen Notstandes" zu beachten, daß „neben dem Bestehen eines Notstandes vorausszusetzen ist, daß vor der Notstandshandlung die im Widerstreit stehenden Güter wirklich pflichtgemäß abgewogen werden. Die Frage aber, ob zur Erhaltung des Lebens oder zur Abwendung einer schweren Gesundheitsbeschädigung der Schwangeren es unbedingt geboten ist, die Schwangerschaft zu unterbrechen, kann in der Regel nur von einem Arzte beurteilt werden. Die künstliche Unterbrechung der Schwangerschaft wird kaum je als rechtmäßig anerkannt werden können, wenn nicht ihre Notwendigkeit durch einen zuverlässigen Arzt zweifelsfrei festgestellt worden ist." Dabei stellt eine notwendige Bedingung für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit nach E.Str. 61/243 ff. die Einwilligung der zu behandelnden Person dar.

Es entsteht nun die Frage, ob der Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung, genannt „übergesetzlicher Notstand" auch einen Unrechtsausschließungsgrund für Eingriffe auf Grund der sog. sozialen, eugenischen und ethischen Indikation bietet, denn nur für die medizinische Indikation ist er allgemein anerkannt. Es kann hierbei Eugenik nur nach dem Gesichtspunkte

[1]) In diesem Zusammenhang dürfte die Ansicht Kreittmayer's von Interesse sein, der zu der Vorschrift des B.Str.G.B. von 1751 hervorhebt, das die „fürsätzliche, boshafterweis" vorgenommene Unfruchtbarmachung eines Mannes oder einer Weibsperson mit Strafe bedroht, daß die Handlung dann nicht strafbar sei, wenn sie „bona mente" erfolge, z. B. wenn man eine Weibsperson, welche ob arctitudinem corporis (Beckenverengung) ohne Lebensgefahr nicht gebären könne, poculum sterilitatis reiche. Grund der Straflosigkeit ist also für den alten bayerischen Kriminalisten nicht der Mangel der Rechtswidrigkeit sondern des dolus. (Klee a.a.O. S. 2.)

der Krankheitsvererbung nicht der Rassenhygiene verstanden werden, weil letztere für die Person kein Uebel darstellt. Unter dem Schlagwort der sozialen Indikation wird die Indikation mit Rücksicht auf die wirtschaftliche, gesellschaftliche und ähnliche Lage der Schwangeren, unter ethischer Indikation die Fälle der Notzucht in ihren verschiedenen Arten zu verstehen sein. Für die Annahme eines übergesetzlichen Notstandes muß es sich nun darum handeln, daß der Zustand eine Gefahr bedeutet. Diese Gefahr muß sich gegen das Leben oder die Gesundheit der Schwangeren richten. Beides ist in allen Fällen möglich. (Vgl. unten § 14). In solchen Fällen bildet die ärztliche Handlung die einzig mögliche Rettung. Der entstandene Notstand muß ferner unverschuldet sein. Von einer Verschuldung des Zustandes kann in der Ehe keine Rede sein, weil die Pflicht zu einem gemeinsamen Zusammenleben besteht. (RG Str. 36/340 [342]). Aber auch bei einer unehelich Schwangeren wird der Zustand kaum als verschuldet anzusehen sein. Zwar nicht deshalb — wie Beitter S. 120 begründet —, weil „die Pflichtwidrigkeit beim außerehelichen Beischlaf zu einer Zeit fraglich erscheint, in welcher der Staat der unehelichen Mutter das Prädikat „Frau" zubilligen will," sondern, weil nicht eine schuldhafte Verursachung des gegenwärtigen Zustandes genügt. Vielmehr ist der Notstand nur verschuldet, wenn die gefährdete Frau vorausgesehen hat oder bei der von ihr billigerweise zu erwartenden Aufmerksamkeit hätte voraussehen können, daß eine Rettung nur auf Kosten Dritter möglich sein werde. (Frank S. 159.) Mit Recht führt Frank weiter aus: „Aber auch, wenn sich der Täter nur vermöge einer allgemeinen Freiheit in eine Gefahr begibt, von der er sich sagen mußte oder sagen konnte, daß er sich aus ihr nur unter Verletzung dritter Interessen werde retten können, darf von ihm nicht schlechthin die Vermeidung der Gefahr erwartet werden." Unrichtig ist die Ansicht des Frauenarztes Schæffers in Z.St W. Bd, 47 S. 64 ff. [68], daß der Notstand bei allen Unverheirateten ausgeschlossen sei, weil sie an der Schwängerung nicht unschuldig — wohl nach sittlichen Erwägungen gemessen (der Verf.) — waren.

Der übergesetzliche Notstand ist aber auf die soziale, eugenische und ethische Indiktion trotz des Vorliegens aller sonstigen Voraussetzungen, deshalb nicht anzuwenden, weil die Gefahr für das Leben oder Gesundheit der Mutter grundsätzlich nicht unmittelbar durch den Geburtsakt bevorsteht. Vielmehr besteht diese Gefahr in der Regel erst für die fernere Zukunft und wird oft auf eine andere Weise zu beseitigen sein als gerade durch eine Abtreibung. Im einzelnen Falle kann aber die Natur der Gebärenden so geschaffen sein, wie die Natur derjenigen Person von der die E. R. G. Str. Bd. 61 S. 243 handelt, die

wegen der Geburt eines Kindes sich ernsthaft selbst töten wollte. Es ist also die Möglichkeit gegeben, daß auch durch eine dieser drei Indikationen ein übergesetzlicher Notstand hervorgerufen werden kann und die ärztliche Handlung nach dessen Grundsätzen gerechtfertigt würde.

Eine große Rolle auf diesem Gebiete des uneigentlichen Heileingriffes spielt neuerdings die Frage der Sterilisierung von gemeingefährlichen oder sonst antisozialen Individuen. Hervorgerufen wurde sie dadurch, daß vor 10 Jahren der nordamerikanische Staat Indiana ein Gesetz erließ, wonach zur Verhütung der Fortpflanzung von Gewohnheitsverbrechern, Idioten, Schwachsinnigen und Notzüchtern, in jeder Anstalt, in der Personen dieser Art beherbergt werden, der Chirurg ermächtigt ist, „jene Operationen vorzunehmen, die als wirksamste und sicherste erachtet werden." Ebermayer betont in „Arzt und Patient" S. 288, daß „eine solche zwangsweise Sterilisierung, mag das Verfahren noch so trefflich und elegant ausgebildet werden, eine graße Negierung des Selbstbestimmungsrechtes darstellt". Böters a.a.O. behauptet vom Standpunkt des geltenden Rechtes aus, daß solche Handlungen straflos seien, auch wenn der zu Behandelnde nicht einwilligt. Unserer Ansicht nach ist eine solche Handlung insoweit nicht strafbar, als der Behandelte einwilligt, weil nach dem Grundsatz der Güterabwägung in diesen Fällen das niedrigere Gut einem höherwertigeren Gute geopfert wird. Daß die Nachkommenschaft einer solchen Person gegenüber den Interessen der Allgemeinheit ein geringerwertiges Gut ist, ergibt sich aus den bei Ebermayer a. a. O. S. 260 dargelegten Verhältnissen, daß z. B. ein amerikanischer Verbrecher in 75 Jahren 1200 Nachkommen hatte, von denen 310 Bettler waren, die 2300 Jahre in Armenhäusern verpflegt wurden, 50 Prostituierte, 7 Mörder, 60 Gewohnheitsdiebe und 130 andere Verbrecher.

De lege ferenda sagt Ebermayer a. a. O.: Man möchte geneigt sein, die zurzeit noch bestehende gewissermassen instinktive Abneigung gegen die Zwangssterilisierung derartiger Individuen aufzugeben. In dieser Richtung kämpft Böters (Zeitschrift für Medizinalbeamte 1925 und 1926 S. 214 ff.) mit allem Nachdruck für die Einführung der Zwangssterilisierung unter bestimmten Vorsichtsmaßregeln, wie er sie in seinem Entwurfe, genannt lex Zwickau (abgedruckt Monatsschrift für Kriminalpsychologie 1926 S. 234) dem Reichstage vorgelegt hat. Dagegen hält v. Calker (Frauenheilkunde S. 42 A I) die wissenschaftliche Kenntnis über die Vererbung heute noch nicht soweit fortgeschritten, um aus ihr sichere Schlüsse ziehen zu können und lehnt daher auch die rechtfertigende Kraft der Einwilligung in diesen Fällen ab. Er betont die Sterilisierung aus eugenetischen Gründen ist rechtswidrig, „weil die Möglichkeit einer Vererbung gegenüber der

objektiven Bedeutung der Verletzung zweifellos ethisch geringer gewertet wird. De lege ferenda ist mit Beitter S. 148 vor allem Nachdruck darauf zu legen, daß nicht allein die Frau, sondern ebenso der Mann als Objekt in Frage kommt und daß dann die Handlung nicht rechtswidrig ist, wenn sie mit Zustimmung des zu Behandelnden vorgenommen wird.

Anhang.

§ 7. Euthanasie und die Vernichtung lebensunwerten Lebens.

Im Anhange zur Besprechung des geltenden Rechtes sei kurz die Frage der Euthanasie und der von Binding und Hoche in ihrem gleichnamigen Werke (1920) der Vernichtung lebensunwerten Lebens erwähnt.

Als Euthanasie bezeichnet man diejenigen Eingriffe des Arztes, die dieser vornimmt, um an der Stelle des unmittelbar durch die Krankheit bevorstehenden schmerzvollen Todes eine schmerzlose Todesursache zu setzen. Für ihre strafrechtliche Beurteilung steht in Frage der Tatbestand der Tötung auf Verlangen. § 216. Die einen Theoretiker behaupten, daß solche Handlungen den Charakter einer „Tötungshandlung im Rechtssinne" verloren haben und vielmehr als reine Heilbehandlungen erscheinen, da die Schmerzenlinderungen bei unheilbaren Krankheiten als die einzige Aufgabe des Arztes erscheine und von einer spürbaren Verringerung der Lebenszeit des Kranken in einem solchen Falle kaum gesprochen werden kann. So Binding a.a.O. S. 18: Euthanasie sei „eine reine Heilbehandlung, denn die Beseitigung von Qualen ist auch Heilwerk." Es wird in den Fällen der Euthanasie nur eine vorhandene Todesursache mit einer anderen vertauscht. Aehnlich Lobe (Lpz. Komm. Einl. III S. 11): § 216 beziehe sich nicht darauf und durch Gewohnheitsrecht und Sitte sei die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen. Allf. S. 145 rechtfertigt solche Eingriffe „wenn ein baldiges Ableben nach qualvoller Zwischenzeit in sicherer Aussicht steht", durch den Heilzweck. Dagegen finden Heimberger a.a.O. und Ebermayer a.a.O. diese Handlungen sehr entschuldbar und begreiflich, aber es fehlt beiden ein juristischer Rechtfertigungsgrund.

Wenn dagegen der tötliche Ausgang der Krankheit sicher aber noch nicht alsbald bevorsteht, wo es sich also um eine wesentliche Lebensverkürzung handelt, sind die Eingriffe zwecks Euthanasie nicht zulässig. Binding S. 17 II. In diesen Fällen schlägt Binding de lege ferenda Sicherungsmaßnahmen vor (S.

35—39) die im wesentlichen mit denen Elsters (Zeitschr. St. W. 39 395 ff.) insbesondere in der Ueberprüfung durch ein Aerztekollegium übereinstimmen. Binding begründet seine Ansicht damit, daß ein derartiges Menschenleben so sehr die Eigenschaft eines Rechtsgutes eingebüßt habe, daß seine Fortdauer für den Lebensträger wie für die Gesellschaft dauernd allen Wert verloren habe und daß so von rechtlichen, sozialen und religiösen Gesichtspunkten aus kein Grund zu finden sei, hier die Tötung nicht freizugeben, daß die Freigabe vielmehr einfach eine Pflicht gesetzlichen Mitleides sei.

Praktisch wurde diese Frage nie behandelt, da selbst vom Standpunkt des Arztes aus ein solches Recht weder begehrt noch gewährt wird, schon um deswillen nicht, weil selbst der klügste Arzt nicht in der Lage ist, die Unheilbarkeit eines Leidens mit unumstößlicher Sicherheit festzustellen. (Vgl. Ebermayer S. 261).

Als dritten Fall führt Binding de lege ferenda an, daß auch die Tötung der unheilbar Blödsinnigen freigegeben werde, weil das Leben dieser Personen vollkommen nutzlos ist und sie bloß eine Last für ihre Umgebung und für die Allgemeinheit bilden. In den ersten beiden Fällen wird für die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffs die Anschauung ins Treffen geführt, daß dann, wenn der Wille zum Leben vorherrsche, der ohne Einwilligung Handelnde die individuelle Freiheit völlig ausschalte. In diesem dritten Falle wird daher betont, daß weder ein Wille zu leben noch zu sterben und daß in diesen Fällen ein Lebenswille nicht gebrochen werden könne, weil diese Menschen keinen haben.

De lege ferenda dürfen ohne Zweifel der rein volkswirtschaftliche Gedanke und sonstige wirtschaftlichen Gedanken nicht eine überwiegende Rolle spielen; vielmehr kann es nur auf die individuelle Freiheit ankommen. Mit Recht betont daher Ebermayer, daß der ärztliche Eingriff dann, wenn ein ausdrückliches, ernstliches Verlangen vorliegt und die, wenn auch erst in unbestimmter Zeit zum Tode führende Unheilbarkeit der Krankheit mit voller Sicherheit feststeht, für straflos erklärt würde. Im dritten Falle ist die Freigabe der Tötung aber deshalb nicht zu verfechten, weil kein Wille für und gegen die Tötung zum Ausdruck kommen kann. Eine ähnliche Form bringt Dr. Heyn (Zeitschr. für Medizinalbeamte 1921) nach dem die Einleitung des Tötungsverfahrens dann gestattet sein soll, wenn die Lage des Kranken oder des Verwundeten eine derartige geworden ist, daß das, worin er seinem Mitmenschen noch nutzen kann, ein Minimum und das, was er noch zu leiden hat, ein Maximum ist.

Hinsichtlich der aufgeworfenen Fragen ist nach geltendem Rechte — anerkanntermassen — eine Handlung des Arztes straflos, wenn sie darin besteht, auf Drängen des Kranken, diesem ein Mittel zu geben, durch das er sich selbst tötet, wenn er noch die Kraft dazu hat. In diesem Falle handelt es sich um Beihilfe zum Selbstmord, die deshalb nicht strafbar ist, weil der Selbstmord nicht bestraft wird.

III. Teil.

Die Stellung des Entwurfes zu einem allgemeinen deutschen Strafgesetzbuche von 1927.

§ 8. Einleitung.

Aus der Erörterung der objektiven Berechtigung der ärztlichen Handlung im geltenden Rechte geht hervor, daß nicht allein die Frage als Ganzes eine Streitfrage darstellt, sondern auch die einzelnen Phasen dieser Frage sehr bestritten sind. „Nach einem berühmt gewordenen Ausspruche Franz von Liszt bildet das Str.G.B. die magna charta des Verbrechers. Das soll bedeuten, daß, indem es die Voraussetzung der Bestrafung regelt, es zugleich die Grenzen zieht, innerhalb derer der Staatsbürger sich frei betätigen darf, ohne befürchten zu müssen, mit der Strafgewalt des Staates in Berührung zu kommen. Dieser Aufgabe kann der Gesetzgeber nur dadurch genügen, daß er scharf und deutlich die Merkmale angibt, die einer Handlung zukommen müssen, damit an sie die Rechtsfolge der Strafe sich anknüpfen darf. Darnach ist das Verhältnis, das zwischen dem strafenden Staat und dem Verbrecher besteht, nach seinen Voraussetzungen und nach seinem Inhalte eindeutig zu bestimmen. Das Strafgesetz stellt einen Rechtssatz dar, der an einem festbestimmten Rechtsgrund, das Verbrechen, eine festbestimmte Rechtsfolge, die Strafe, anknüpft. Darin liegt nach der Terminologie, die wir Rud. Stammler entlehnen, das Wesen des „geformten Rechtes“.“ (Graf zu Dohna, Die neueste Str.G.E. im Lichte des „richtigen Rechts“). Im Anschlusse hieran geht der Entw. 27 von dem Prinzip aus, die aufgerollte Streitfrage durch positive Normen zu beseitigen.

Es ist daher mit Recht die Ansicht vertreten worden, daß die Differenzen zwischen den einzelnen Ansichten deshalb entstanden seien, weil dem St.G.B. von 1870 eine die persönliche Freiheit des zu Behandelnden entsprechende Bestimmung fehle. Nehme man eine solche in den Entwurf auf, so sei damit klargelegt, daß der Gesetzgeber den Eingriff in den Körper des

zu Behandelnden nicht unter Strafe stelle, also nicht als Körperverletzung oder wenigstens nicht als rechtswidrige Körperverletzung betrachte. Dieser Ansicht folgte der Entwurf 1919 in § 313 und seiner Begründung. Der Entwurf 1925 dagegen stellt in § 238 den Rechtssatz auf, daß eine Handlung „die der Uebung eines gewissenhaften Arztes entspreche", keine Körperverletzung im Sinne des Gesetzes sei. In der Begründung wurde entsprechend der oben dargelegten Ansicht Allf. S, 145 ausgeführt, daß eine Handlung, die der Uebung eines gewissenhaften Arztes entspreche, auch die soziale Bedingung erfüllen müsse, daß der Kranke in die Handlung des Behandelnden einwillige. Der Entwurf 27 fügte dieser Bestimmung des Entw. 25 die Bestimmung des Entw. 19 über den Schutz der persönlichen Freiheit des zu Behandelnden in § 281 bei.

Um zur Berechtigung dieser Regelung Stellung nehmen zu können, ist kurz zu erörtern, ob die ärztliche Handlung den Tatbestand der Körperverletzung des Entw. 259 erfüllt und somit an sich strafbar ist.

---

§ 9. Die Tatbestandsmässigkeit der ärztlichen Handlung als Körperverletzung.

Als Körperverletzung wird in § 259 als eine tatbestandliche Handlung erklärt: Wer einen Anderen

1. am Körper verletzt,
2. am Körper mißhandelt,
3. an der Gesundheit beschädigt.[1])

Neu gegenüber dem geltenden Rechte ist die Einfügung der Worte: Am Körper verletzt. Durch diese Einfügung erhält aber auch der 2. und 3. Begriff eine ganz andere Bedeutung. In der Begründung zum Entw. ist bei dem Begriffe der körperlichen Verletzung auf die österreichische Regierungsvorlage Bezug genommen und er dahin umschrieben, daß er die Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit eines anderen Menschen verbietet. Das entspricht ungefähr der Rechtssprechung des R.G. zum geltenden Recht. Die Begründung S. 131 erklärt nun „darauf, ob die Verletzung Schmerz erregt hat, sollte es nicht ankommen. Wer also ohne den Körper zu verletzen und ohne die Gesundheit zu beschädigen, auf den Körper eines anderen einwirkt, soll nunmehr wegen Mißhandlung strafbar sein". Als Mißhandlung kommen demnach Schläge und Stöße in Betracht, die weder äußere noch innere Verletzungen zur Folge haben. Damit ist

[1]) Das Erfordernis der Vorsätzlichkeit ergibt sich aus der allgemeinen Regel des § 16 II (Vgl. R.G.R. Schultz a.a.O.)

aber „Verletzung“ in einem doppelten Sinne gebraucht: denn Verletzung der Unversehrtheit ist etwas anderes als innere oder äußere Verletzung. An und für sich ist das Wort Verletzung nicht doppelsinnig. Im Gegenteil, Verletzung bedeutet stets nur das Einwirken auf irgend etwas und kann ohne Veränderung dieser Bedeutung sowohl zu rein körperlichen Dingen in Beziehung gesetzt werden wie zu rein abstrakten Begriffen. Aber gerade dadurch wird jeweils im geistigen Gesichtsfeld des Betrachters die Vorstellung über Verletzung geändert. Wenn man von einer äußeren oder inneren Verletzung spricht, so stellt man sich darunter in Beziehung zum menschlichen Körper diesen als Substanz vor (Vgl. BeitterS. 25).[1])

Wenn man dagegen von der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit spricht, so stellt man sich darunter nicht den Körper als Substanz, nicht. wie oben, als totes Etwas vor, sondern als lebendes Ganzes, als Organismus, der durch die menschliche Willenskraft belebt wird.

Soll ein Unterschied zwischen Verletzung am Körper eines anderen und körperlicher Mißhandlung gefunden werden, so können beide Begriffe nur als eine Unterart „der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit“ betrachtet werden. Dann allerdings ist unter „Verletzung am Körper eines anderen“ nur die Einwirkung auf dem Körper als Substanz zu verstehen und unter körperlicher Mißhandlung die Einwirkung auf den Körper als Organismus, als in erster Linie auf den Körper als Träger des Gefühls. In diesem Sinne dürfte auch die Darlegung des Prof. Kahl bei der Sitzung des Reichs-Gesundheits-Rates (Veröffentlichungen 1926 S. 88) auszulegen sein. Was nun die Gesundheitsbeschädigung anlangt, so ist hier auf den oben angedeuteten Unterschied der zeitlichen Relativität hinzuweisen. Es dürfen wohl unter diesem Begriff nicht allein geistige Krankheiten gestellt werden, sondern es kommt gerade hier auf die Wirkung der körperlichen Verletzung bezw. der körperlichen Mißhandlung an; nämlich auf die Zerstörung des organischen Zusammenwirkens der einzelnen Körperteile. Das normale Zusammenwirken des Organismus wird durch das Gefühl des Wohlbefindens ausgedrückt; denn das Gefühl des Wohlbefindens ist ein Unterbegriff der Gesundheit und drückt das subjektive Empfinden aus, daß der Mensch gesund ist. Wenn dieses Gefühl auf eine längere Zeitdauer über die Dauer der körperlichen Verletzung oder Mißhandlung hinaus beschädigt ist, so liegt eine Gesundheitsbeschädigung vor.

[1]) Darnach erscheint es fraglich, ob eine heimliche Sektion, die bisher nicht strafbar war, weil sie unter keinem Tatbestand fiel, hiernach strafbar wäre. Vgl. die Ausführungen bei Ebermayer: Aerzti. Vereinsblatt 1929 Nr. 9 für das geltende Recht.

Damit stellt also der Entw. außer Zweifel, daß durch § 259 die körperliche Unversehrtheit als ein Gut des Menschen dem Dritten gegenüber nach jeder Richtung hin geschützt sein soll. Der Streit über die eBdeutung und Reichweite des Begriffes der körperlichen Mißhandlung im geltenden Rechte ist also damit beseitigt. Das bedeutet für den Arzt, daß kein Zweifel mehr darüber bestehen kann, daß seine Eingriffe und Behandlungen ohne weiteres als Störungen der körperlichen Unversehrtheit zu betrachten sind und gegen die hier aufgestellte Norm: Verletzungen der körperlichen Unversehrheit sind verboten!, verstoßen. Nach dem Entw. kommt es auch nicht mehr auf die Unterscheidung zwischen den sog. Zwischenerfolgen und dem Enderfolg an. Vgl. oben die Ansichten Heimbergers und Beling. Vielmehr steht außer Zweifel, daß der Arzt bereits mit dem ersten Messerschnitte eine Körperverletzung begeht, gleichgültig, wie der Enderfolg sich gestaltet. Dagegen würde der Internist nur wegen seines Nadelstiches und Gesundheitsbeschädigung, nicht auch wegen Vergiftung strafbar sein, weil dieser Tatbestand im Entw. gestrichen wurde.

Es stellt also jeder ärztliche Eingriff, der einer eigentlichen Heilbehandlung dient, eine Körperverletzung an und für sich dar und ohne positive Norm würde der alte Streit über die Berechtigung der ärztlichen Eingriffe im wesentlichen fortdauern. Da an den Bestimmungen über Abtreibung nichts geändert wurde, würde auch für ärztliche Eingriffe im uneigentlichen Sinne die gleiche Rechtslage wie im geltenden Recht sein. Um daher den Streit um die Berechtigung des ärztlichen Eingriffes zu beseitigen, ist es berechtigt, wenn der Entw. folgende Bestimmungen enthält:

1. Eingriffe und Behandlungen, die der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzung im Sinne des Gesetzes. § 263.

2. Eine Abtreibung oder Tötung eines in der Geburt befindlichen Kindes im Sinne des Gesetzes liegt nicht vor, wenn ein approbierter Arzt eine solche Handlung vornimmt, wenn sie a) nach den Regeln der ärztlichen Kunst, b) zur Abwendung einer ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Mutter erforderlich ist, die c) auf andere Weise nicht abwendbar ist. § 254.

3. Wer jemand gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelt oder gegen den Willen einer Schwangeren die Schwangerschaft unterbricht, wird wegen eigenmächtiger Heilbehandlung bestraft. § 281.

Der Entw. versucht also, sowohl bei den eigentlichen als auch bei den uneigentlichen Heilbehandlungen 1. den Körper

des zu Behandelnden und 2. mit Recht getrennt davon die Willensfreiheit des zu Behandelnden zu schützen. Zur Notwendigkeit dieser Bestimmungen ist folgender Gesichtspunkt anzuführen: Würde keine Bestimmung über eigenmächtige Heilbehandlung aufgestellt sein, so müßte man, um der Praxis gerecht zu werden und die Lücken des Gesetzes auszufüllen, auf die bisherige Rechtssprechung des R.G. zurückkommen und den ohne Einwilligung des Patienten vorgenommenen Eingriff des Arztes als Körperverletzung betrachten. „Das ist ein Unsinn!" (Kahl Veröffentl. S. 53). Abgesehen davon, bedeutet es einen Unterschied, ob das Gesetz erklärt: der Arzt begeht eine Körperverletzung; diese wird aber durch irgendeine Lehre gerechtfertigt, oder das Gesetz sagt: Der Arzt begeht keine Körperverletzung. Das ist ein feiner, aber vom ethischen Gesichtspunkte aus erheblicher Unterschied." (Freih. v. Tschammer und Quaritz, Veröffentl. S. 51).

Die Bedeutung dieser getrennten Regelung des Schutzes des Körpers und der persönlichen Freiheit des zu Behandelnden tritt an dem obenerwähnten Beispiele klar zu Tage, daß jemand lediglich zu dem Zwecke eine Rente zu erhalten, sich einen Finger abschneiden läßt, der ohne solchen Eingriff zu heilen gewesen wäre. Nimmt in diesem Falle der Arzt eine sachgemäße Behandlung vor und erhält den Finger, so hat er keine Körperverletzung begangen. Wegen der gegen die Willensfreiheit des zu Behandelnden verstoßende Handlung wird aber der Richter den Arzt mindestens für straffrei erklären (281 V), wenn er nicht überhaupt von Schuld und Strafe freispricht.

---

1. Abschnitt.

Schutz des Körpers des Patienten bei der eigentlichen Heilbehandlung.

§ 10. Objekt, Subjekt und Handlungen des § 263.

Die Regelung der eigentlichen Heilbehandlung wird durch den § 263 bestimmt. Auffallend ist an dieser Bestimmung, daß sie ebensowenig eine Bezeichnung des Objektes enthält, an dem die fraglichen Eingriffe und Behandlungen vorgenommen werden sollen, wie die Bezeichnung des Subjektes, das diese Handlungen ausführt.

Da § 263 im 18. Abschnitte „Körperverletzung" steht, ist aus dem Inhalte und dem Sinne der gesamten Bestimmungen zu entnehmen, daß als Objekt der Handlungen nur der Mensch in

Frage kommen kann. Daher gehören Behandlungen von Tieren nicht hierher. Weiterhin ist daraus zu entnehmen, daß jeder Mensch in Frage kommen kann, gleichgültig welchen Geschlechtes oder welcher Nationalität u. a. er ist.

Bei der Bestimmung des Subjektes der Handlungen wird der Ausdruck des gewissenhaften Arztes zu berücksichtigen sein; insbesondere wenn man im Anschlusse an Kahl a.a.O. die Ueberschrift des § 263 nicht gelten lassen will. Der Ausdruck „Arzt" wird oft nur dann angewendet, wenn man damit eine approbierte heilkundige Person bezeichnen will, im Gegensatz zum nicht approbierten Heilkundigen, dem sog. Kurpfuscher u ä. So wird z. B. in § 6 Kr.V.G. und in § 122 R V.O. bestimmt: Die ärztliche Behandlung im Sinne des Gesetzes wird durch approbierte Aerzte, bei Zahnkrankheiten durch approbierte Zahnärzte (29 G. O.) geleistet. Sie umfaßt Hilfeleistungen anderer Personen, wie Bader usw., nur dann, wenn der Arzt sie anordnet oder in dringenden Fällen kein anderer Arzt zugezogen werden kann. Daraus aber, daß die Handlungen der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen müssen, ist nicht zu schließen, daß auch das Subjekt ein approbierter Arzt sein muß. Vielmehr ist aus dem Schweigen des § 263 darüber, wer Subjekt der fraglichen Handlungen sein muß, zu entnehmen, daß das Subjekt nicht Arzt im technischen Sinn zu sein braucht. Wie aus § 254 und § 281 II und aus dem Prinzipe der Gew O. §§ 1,6 hervorgeht, bildet § 263 keine Grundlage für ein Berufsrecht des Arztes. Es soll sich der Ausdruck des „gewissenhaften Arztes" nur auf die Art und Weise beziehen, nach der die Handlungen vorzunehmen sind, damit sie nicht Körperverletzungen im Sinne des Gesetzes sind. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Behandelnde wissenschaftlich vorgebildet ist oder nicht, auch nicht darauf, ob er auf dem gesamten Gebiete der Heilkunde ausgebildet ist oder nicht, z. B. Spezialist ist oder nur zur sog. niederen Heilkunde gehört.

Aus dem Schweigen des Gesetzes über das Subjekt der Handlungen ist ferner der Schluß zu ziehen, daß es gleichgültig ist, ob jemand die Handlungen gewerbsmäßig vornimmt oder nur gelegentlich, ob er die Heilkunde mit einer gewissen Regelmäßigkeit ausübt oder nur diesen einzigen Eingriff vornahm.

Durch diese Ausdehnung der Bezeichnung als Subjekt der Handlungen auf jeden Menschen — (ebenso Ebermayer Krim. Psych. Monatsschrift 1926/410) - ergibt sich eine gleiche Mannigfaltigkeit der Tätigkeiten, die diese Subjekte an einem anderen Menschen vornehmen können, wie sie bereits oben erwähnt wurde. Die Tätigkeit dieser Subjekte muß aber den im ersten Teile beschriebenen Heilzweck verfolgen und zwar der Heil-

behandlung im eigentlichen Sinne dienen, wie aus der Gegenüberstellung mit § 254 hervorgeht. Diese Ansicht ist sowohl aus dem Nebensatze „die der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen" zu schließen als auch aus der Ueberschrift; denn auch die Ueberschrift ist Bestandteil der im jeweiligen Paragraphen enthaltenen Strafnorm. Sie gibt auch hier, ebenso wie die Ueberschriften des allgemeinen Teiles kurz, in Form eines Stichwortes, den Inhalt des Paragraphen außer der Strafdrohung an. Anderer Ansicht Kahl Veröffentl. S. 88, ebenso Puppe ebd. 30 a. [1])

Ohne Zweifel sind also nach den Grundsätzen des § 263 die eigentlichen Heilbehandlungen im engeren oder weiteren Sinne zu beurteilen. Fraglich kann die Beurteilung erscheinen bei zwei Arten von Handlungen, nämlich der eigentlichen Heilbehandlung im weitesten Sinne und der Unfruchtbarmachung, die deshalb anzuführen ist, weil sie ausdrücklich in der Begründung S. 133 aufgeführt ist.

Im ersten Falle ist einzuwenden, daß bei der oben aufgestellten Terminologie eine Abweichung vom Sinne des § 263 deshalb vorliegt, weil heilen als medizinische Tätigkeit gleich dem Worte „Heil" als Wohlergehen gesetzt wird. Aus den unter diesem Gesichtspunkte zusamengefaßten Handlungen will die Begründung die kosmetischen Eingriffe nach § 263 beurteilt wissen, während sie die ärztlichen Versuche nicht unter § 263 unterordnet Für die ersteren Handlungen ist klar, daß sie das Wohlbefinden fördern, also das subjektive Empfinden, daß jemand gesund ist. Bei den ärztlichen Versuchen ist letzten Endes der Zweck der Handlung das Ausschlaggebende, wenn die Handlung nach ihrer Art und Weise beurteilt werden soll. Es ist also auch der ärztliche Versuch nach § 263 zu beurteilen.

Unrichtig ist nach der schon zum geltenden Rechte vertretenen Ansicht, daß die Begründung auch die Eingriffe zum Zwecke der Unfruchtbarmachung dem § 263 unterstellt. Ebenso ausdrücklich Ebermayer Krim. Psych. Monatsschrift 26/414 zu § 238 Entw. 25 und Klee a.a.O. S. 3. Beide vertreten die Ansicht, daß diese Eingriffe nach dem § 239, jetzt § 264, zu beurteilen sind und für die Straflosigkeit der Handlung die jeweilige Auffassung des Begriffes der guten Sitten maßgebend ist. Es möge aus dem bereits erwähnten Entw. 1918 für die Einstellung de lege ferenda noch der Gesichtspunkt angeführt werden, daß zur Verhinderung der Geburt der Frucht im einzelnen Falle nur ein approbierter Arzt zugelassen werden soll, während für die generelle Beseitigung der Konzeptions- und

[1]) Vgl. jetzt die Neufassung durch den Rechtsausschuß oben Einleitung S. V.

Zeugungsfähigkeit jeder Mensch jeder Kurpfuscher fähig sein soll. Mit Recht beschränkte daher der Entw. 18 die erlaubte Vornahme der Handlungen zum Zwecke der Unfruchtbarmachung auf einen Tatbestand, wie ihn § 254 Entw. 27 enthält. Zur Beschränkung der Behandlung auf approbierte Aerzte führt Entw. 18 aus: „Wenn im Entw. Nicht-Aerzten die Vornahme der Unfruchtbarmachung untersagt wird, so hat dies seinen Grund darin, daß bei einem so folgenschweren Eingriff ein ganz besonderes Maß von Sachkunde erforderlich ist. Von den Aerzten wird überdies das erforderliche Maß von Verantwortlichkeitsgefühl erwartet werden dürfen, zumal ihre Betätigung auch noch gegebenenfalls der Nachprüfung durch das ärztliche Ehrengericht unterworfen ist." (§ 1 Begründung).

Die Regelung des eigentlichen Heileingriffes durch den Entw. bildet, wie ge sagt, keine Grundlage für die Annahme eines Berufsrechtes der Aerzte oder sonstiger heilkundiger Personen. Die Begr. S. 134 erklärt ausdrücklich: „Auf approbierte Aerzte ist die Vorschrift nicht beschränkt. Auch andere Personen können sich auf sie berufen." Wenn im Nebengesetze, z. B. Ges. z. Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten (GBG.) § 2, § 7, oder Impfgesetz, § 8, eine Behandlung durch bestimmte Aerzte gefordert wird, so ist die grundsätzliche Bedeutung dieser Bestimmungen im Rahmen dieser Gesetze geregelt. Sie geben aber für die Strafbarkeit der Behandlung in Bezug auf den Körper des zu Behandelnden einen Anhaltspunkt dafür, ob der „Täter" die Behandlung kunstgerecht ausführen konnte, ob ihm nicht überhaupt die Uebernahme der Behandlung zur Schuld anzurechnen ist.

---

§ 11. Voraussetzungen für die Art und Weise der Handlungsvornahme.

Damit eine Handlung, die dem eigentlichen Heilzwecke dient, keine Körperverletzung im Sinne des Gesetzes ist, muß sie „der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen."

Wenn es bisher im Strafrechte als unerläßlich galt, den Obersatz, dem der Einzelfall jeweils zu subsumieren ist, mit einer Prägnanz zu formulieren, die es ermöglichte, jene Subsumtion mit den Mitteln juristischer Technik beweisbar vorzunehmen, so entsprechen die in § 263 angeforderten Anforderungen an die Art und Weise der Vornahme von Eingriffen und Behandlungen keiner strengen begrifflichen Bindung, vielmehr verweisen sie den Richter auf den Grundgedanken allen Rechtes, aus dem heraus er diejenige Entscheidung zu treffen hat,

welche in jedem Falle der Jdee des Rechts entspricht.“ (Graf z. Dohna Festgabe S. 257). Der der Ausdrucksform des Gesetzgebers zu Grunde liegende Gedanke kann nicht aus der Begründung entnommen werden, wie Graf z. Dohna mit Recht betont (a.a.O. S. 25, 259) sondern er dürfte nur dadurch gefunden werden, daß man die einschlägigen Kontroversen auf die die ganze „Kasuistik“ der Begründung anspielt, auf ihre praktische Brauchbarkeit prüft, um somit den eigentlichen Grundgedanken herauszuschälen.

Die Begründung ruft drei Instanzen dafür an, ob eine Handlung der Uebung eines gewissenhaften Arztes entspricht, nämlich, die Regeln der ärztlichen Wissenschaft, die der ärztlichen Kunst und den Standpunkt der ärztlichen Ethik. Der Gedankengang geht also dahin, daß alle drei Momente vorliegen müssen, damit die Folge des § 263 eintritt. Deshalb ist darauf einzugehen: Was fordern die Regeln der ärztlichen Wissenschaft, was die der ärztlichen Kunst und was ist der Standpunkt der ärztlichen Ethik ?

Die Regeln der medizinischen Wissenschaft sind Lehren, die klarstellen wollen, 1. ob überhaupt ein Eingreifen einer Heilperson stattfinden soll und bei Bejahung dieser Frage, 2. welcher Art dieses Eingreifen sein soll. Der Mediziner Vollmann führt dazu aus: (Veröffentl. S. 94) „Wenn wir sagen, die Lehre der wissenschaftlichen Medizin, dann könnte bei einer orthodoxen wissenschaftlichen Medizin alles, was gegen den augenblicklichen Stand der Medizin handelt, schon als Kunstfehler betrachtet werden, Ich bitte doch auch zu bedenken, daß der chirurgische Fortschritt dadurch unter Umständen vollständig gehemmt ist.“ Vergleicht man z. B. die Gegenüberstellung des Geh. Med.-Rat Dr. Meyer-Göttingen der Ansichten darüber, welchen Eingriff der Arzt bei Blutungen während der Schwangerschaft vornehmen soll [1]), so sieht man daraus, daß es nicht objektiv

[1]) Zeitschr. f. Medizinalbeamte S. 245: „1. Doederlein: Der künstliche Abort wegen Blutungen ist auch dann, wenn man mit einer noch entwicklungsfähigen Schwangerschaft rechnen kann, einzuleiten, wenn die Blutungen trotz geeigneter Behandlung nicht aufhören und so stark sind, daß sie die Gesundheit der Patientin ernstlich bedrohen. 2. Liepmann: Bei einem drohenden Abort gilt als Indikation der Erweiterung der Cervix nur Blutungen. 3. Ohlshausen und Veit: Bei undurchgängigen Uterus Tamponade bei gefährlichen Blutungen. 4. Schröder sagt: Außer diesen (von ihm aufgezählten) Indikationen sind noch verschiedene aufgezählt, die entschieden nicht stichhaltig sind. So dürfte bei Blutungen die Einleitung des künstlichen Abortes unnötig sein, da sich dieselben, wenn auch nicht vollständig stillen, doch soweit mit Sicherheit beschränken lassen, daß keine Lebensgefahr für die Mutter eintritt. 5. Bumm dagegen steht wieder auf der abwartenden Methode und will eine beschleunigte Ausräumung des Uterus nur dann zulassen, wenn sie dringend nötig erscheint. Blutungen rechnet er im allgemeinen nicht dazu.“

darauf ankommen kann, daß gerade dieser Eingriff oder diese Behandlung nach den Lehren der medizinischen Wissenschaft hätte stattfinden müssen, sondern darauf, ob dieser tatsächlich vorgenommene Eingriff nach einer Ansicht der über diese Fragen differierenden „Schulen" angezeigt war. War er nicht angezeigt, so müßte man ihn als Kunstfehler und folglich als Körperverletzung betrachten. Nun wird man aber vielleicht jeden Eingriff, der von einem Heilkundigen vorgenommen wird, von irgend einer „Schule" vertreten finden, mag sie auch viele Jahre oder Jahrhunderte zurückliegen. Deshalb können die Lehren der medizinischen Wissenschaft als solche nicht ausschlaggebend sein; es kann nur auf den augenblicklichen Stand dieser Lehren ankommen. Bei widerstreitenden Ansichten ist dann abzuwägen, welcher Eingriff oder welche Behandlung am zweckmässigsten ist, sodaß also das manchmal sehr weite Gewissen des Arztes nicht nach dieser seiner persönlichen Weite gemessen werden darf, sondern darauf hin geprüft werden muß, ob es einer allgemeinen Gewissenhaftigkeit entspricht.

Als zweiten Punkt, dem die Behandlungen zu entsprechen haben, gibt die Begründung der Regeln der ärztlichen Kunst an. „Der tiefe durchgreifende Unterschied in dem innersten Wesen von Kunst und Wissenschaft läßt sich auch hier klar erkennen: Das Betätigungsobjekt der Wissenschaft ist das Allgemeine, das Ganze, das Universelle. Sie generalisiert, sie schematisiert. Die Kunst dagegen ersteht in jedem Künstler aufs neue. Ihr Betätigungsobjekt ist das Einzelne, das Spezielle das keine Götter hat neben sich; sie kennt nur einzelne Probleme, ihr Ziel ist das Individuelle. Sie erstreckt sich auf die exquisit persönlichen Momente, welche dem gerade vorliegenden Objekte ihrer Tätigkeit seine besondere Charakteristik verleihen. Und damit ergibt sich, daß immer, wo diese beiden höchsten Richtungen menschlichen Geistes in Erscheinung treten, durchaus verschiedene Mittel dabei zur Anwendung kommen. Die praktische Medizin ist eine Kunstausübung, denn sie hat zu handeln, zu leisten, zu schaffen. Die Wissenschaft produziert nichts, sie ist Erkenntnis, die Kunst dagegen schafft etwas, sie ist Handeln und Leisten." (Dr. Martin Mendelsohn: Aerztl. Kunst und Med. Wissenschaft, Berlin 1894). Die ärztliche Kunst umfaßt also die Art und Weise der Ausführung. Dabei ist bei der medizinischen Indikation auch die soziale Lage des Patienten zu berücksichtigen. Geht man mit Rud. Stammler (Lehre des richtigen Rechts S. 199) und Emge davon aus, daß das freie Wollen das dynamische Moment für die Wirklichkeit bildet, wobei „frei" nicht bedeutet richtig, sondern die Nichtbehinderung im Sinne Emge (Festgabe S. 58), so besteht das Wesen der ärztlichen Kunst in der Vollkommenheit des einzelnen Heil-

kundigen einerseits nach der Richtung einer im Wesen vollkommenen Indikation, andererseits nach einer Vollkommenheit der Ausführungshandlung.[1]) Die ärztliche Kunst bedeutet also nichts anderes als die Richtschnur, die angibt, wie diese Fertigkeit zur Vollendung oder mit einem anderen Worte, zur Vollkommenheit gelangt Dieser Gesichtspunkt der ärztlichen Kunst umfaßt nicht allein medizinische Bedingungen, sondern er schließt auch soziale in sich, z. B. wird dann eine abwartende Behandlung nicht einer kunstgerechten Ausführung entsprechen, wenn die soziale Lage des Patienten eine aktive Methode erfordert, die mit gleicher Sicherheit zum Ziele führt. Als soziale Bedingung ist ausgenommen die sog. Einwilligung gemäß § 281.

Dem Begriffe der ärztlichen Kunst steht gegenüber der Begriff des ärztlichen Kunstfehlers. Hierunter versteht man im allgemeinen den Berufsfehler eines Arztes oder einer Medizinalperson. Frank S. 455 zerlegt diesen Begriff wieder in Unkunst und Unfleiß. Als Unkunst bezeichnet er eine positiv falsche, d. h. den Regeln der ärztlichen Kunst widerstreitende Behandlung. Unfleiß dagegen liege vor, wenn die behandelnde Person nicht rechtzeitig nach den Regeln der ärztlichen Kunst eingeschritten und so der Tod eingetreten ist, der durch rechtzeitiges Eingreifen zu verhindern oder zu verzögern gewesen wäre. Unter dem Begriff des Unfleißes ist aber nicht allein Nachlässigkeit im Zeitpunkt des Eingreifens zu fassen, sondern auch die Nachlässigkeit in der Ausbildung und Weiterbildung auf dem Gebiete der medizinischen Wissenschaft. Wenn also ein Arzt es unterläßt, sich nach dem bestandenen Examen durch Studieren und Orientieren über den jeweiligen Stand der Wissenschaft weiterzubilden, so ist auch das Unfleiß. Diese Frage kommt vor allem dann in Betracht, wenn es sich darum handelt, inwieweit dem Arzte die Uebernahme einer Behandlung zur Schuld zurechenbar ist.

Frägt man nun danach, welcher Standpunkt bei widerstreitenden Ansichten in der ärztlichen Kunst einzunehmen ist, so ist auch hier von der Relativität aller menschlichen Errungenschaften auszugehen; denn jede Generation hält die zurzeit herrschende Meinung für einen Kulturfortschritt. Man vergleiche z. B. das vor einigen Jahren als „Heilmittel" sehr bekannte Tuberkulin, von dem heute feststeht, daß es Gift ist und regelmäßig den Tod des Patienten herbeiführte. Trotzdem kommt es für die kunstgerechte Ausführung darauf an, — nach der Begründung — daß sie so vorgenommen wird, wie sie von den

[1]) Dazu führt auch eine sprachliche Ableitung des Wortes „Kunst" von „Können". Man wird z. B. nicht jenen Zerstörer der hängenden Gärten der Semiramis als Künstler ansprechen wollen, weil seine Handlung auch ein einzigartiges „Können" darstellt.

Lehrern der ärztlichen Kunstgriffe in Bezug auf Gewandtheit, Geschick, Umsicht u. dgl. m. gefordert werden. Wenn z. B. jemand mit schmutzigen Händen oder schmutzigen Instrumenten oder ohne Apparate, die mindestens den einfachsten Ansprüchen entsprechen, eine Operation vornimmt, so vergeht er sich gegen die Regeln der ärztlichen Kunst. „Darüber z. B. hat die Wissenschaft gesprochen. Zweifellos sind es aber nicht rein wissenschaftliche Dinge, sondern es sind auch Gewohnheiten und Kenntnisse, die sich auf den Menschen als Menschen beziehen" (Veröffentl. S. 88, 102). Das aber, was unter kunstgerechter Ausführung zu verstehen ist, weiß der Arzt jedenfalls. Aber es gibt dabei Grenzfälle, z. B. das ärztliche Experiment. Jede neue Methode fordert zu Anfang, bis sie ausgebaut ist, ihre Opfer, wie z B. der Fall Dührsen zeigt.[1]) Da es nach § 263 nicht auf den Enderfolg ankommt, sondern auf die Art und Weise, ist das ärztliche Experiment, weil seine Durchführung in den beiden oben genannten Fällen sich auf keine anerkannte ärztliche Kunstregel aufbaut, als Körperverletzung zu betrachten und der Infektionseingriff ist nur dann straflos, wenn sich der Arzt auf die Einwilligung des Kranken stützen kann und die Tat nicht gegen die guten Sitten verstößt. (§ 264)[2]) Dagegen würden Eingriffe zum Zwecke der Euthanasie, weil sie an und für sich der ärztlichen Wissenschaft und Kunst entsprechen, ebenso wie Eingriffe zum Zwecke der Unfruchtbarmachung deshalb straflos sein, weil sie den bisher aufgezählten Erfordernissen genügen. Dies würde zu so unsozialen Zuständen führen, wie sie z. B. in Paris herrschen, in dessen Krankenanstalten jedes Jahr ungefähr 3500 Frauen sterilisiert werden. Daher zieht die Begründung für die Beurteilung der ärztlichen Heilbehandlung als dritte Richtschnur die ärztliche Ethik heran.

Nimmt man für die Aufstellung eines Begriffes der ärztlichen Ethik wieder zum Ausgangspunkte das freie Wollen des Menschen, so bildet dieses nicht allein die Grundlage des Einzelnen und bewegt sich in seinem Idealbilde nach der Vollkommenheit des einzelnen Menschen wie bei den Regeln der ärztlichen Kunst, sondern es bildet auch die Grundlage der Gemeinschaft als der formalen Einheit für alle denkbaren Zwecke des Einzelnen." Nun ist aber eine Harmonie der Einzelzwecke in gesicherter Methode nicht möglich, solange in ihnen das subjektiv Bedingte der besondere Gegenstand des Begehrens, das bestimmende Gesetz bleiben würde. Die Sonderzwecke des Wünschens und Strebens sind der zu richtende Stoff; sie dürfen

---

[1]) Veröffentl. S. 88, 102.

[2]) Diese Lösung ist rechtspolitisch zu billigen mit Rücksicht auf das dem Behandelnden vom Zubehandelnden entgegengebrachte Vertrauen.

aber in ihrem beliebigen Auftreten bei den einzelnen Subjekten nicht den Anspruch erheben, das oberste Ziel für sich zu sein. Bei der rechten Art der Gemeinschaft, mögen subjektive Einzelziele, welche die Teilhaber als prinzipiell gültige verfolgen, in einer gewissen Lage zufällig zustimmen, aber eine gesetzmäßige Gewähr hat man dafür nicht." (Rud. Stammler, Richtiges Recht S. 195). Soll die ärztliche Ethik die Richtschnur dafür bilden, ob die Zwecke des Wünschens und Strebens der einzelne Teilhaber in concreto ihrem Sinne nach richtig oder falsch sind, und, wie Wirkliches ihrem Sinne nach zu richten ist, so müßte sie das soziale Ideal im Sinne Rud. Stammlers sein. Nun kann eine Sittenlehre diese doppelte Funktion, nämlich die statische und die dynamische, ausüben. Es können aber, wie aus den zahlreichen Ausführungen zu dem § 238 Entw. 25 zu entnehmen ist, unter der ärztlichen Ethik sowohl die Moralansichten der Aerzte verstanden werden, wie auch die Regeln und Anschauungen der ärztlichen Einrichtungen, wie Ehrengerichten und sonstigen Institutionen des Aerztestandes. So z. B. von Tschammer und Quanitz (Veröffentl. S. 92): „Wenn ethische Fragen eingreifen, dann kommt es schließlich darauf an, was nach der Entsch. des ärztlichen Ehrengerichtes der Berufssitte und Standesehre entspricht." Praktisch kann sich daher eine solche Regelung derart auswirken, daß der Strafrichter zuerst fragen müßte, wie ein Aerztegericht diese von ihm zu entscheidende Frage entschieden hat, um dann entsprechend diesem Urteil sein Urteil zu fällen [1])

Zieht man nun den Widerspruch zwischen der Beurteilung der Eingriffe zwecks Heilbehandlung im Sinne des § 263 und der des ärztlichen Experimentes, unter dessen Begriff auch diejenigen Eingriffe zwecks Heilbehandlung fallen, welche nach fruchtloser Anwendung der bisher üblichen und anerkannten Regeln an einem hoffnungslos darniederliegenden Kranken vorgenommen werden und die nach dem Grundsatze der guten Sitten zu beurteilen sind, in Betracht, so muß man den von der Begründung eingenommenen Standpunkt: Die ärztliche Ethik sei für die Statthaftigkeit des Eingriffs ausschlaggebend, deshalb ablehnen, weil dies nicht mehr ein soziales Ideal ist. Treffend äußert sich hierzu Justizrat Tiersch in dem ärztl. Vereinsblatt v. 1. 5. 28 erschienenen Aufsatze über die Stellung des Arztes im Strafrecht dahin, daß die beiden Begriffe der ärztlichen Ethik und der guten Sitten sich nicht immer decken. Was vielleicht vom Standpunkt der ärztlichen Moral aus nicht billigenswert er-

[1]) Eine solche Auslegung würde analog der Vorentsch. bei Beamtendelikten durch die Verwaltungsbehörden über die Frage ob eine Pflichtverletzung vorliege (Art. 7 Bay. V.G.G.), mit Rücksicht auf den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit Art. 102, 131 R.V. zu heftigem Streite Anlaß bieten. Vergl. Dyroff Komm. z. V.G.G. S. 222 ff. u. Nachtrag (Ergänzungsband) S. 129 ff.

scheint, braucht deshalb noch nicht mit dem in Widerspruch stehen, was „die guten Sitten" für erlaubt halten. Ebenso Klee a.a.O. Für den Begriff der ärztlichen Ethik kann es auch nicht auf das unter Umständen bekanntlich recht weite Gewissen des einzelnen Arztes ankommen. „Nicht alles, was einer mit »seinem« Gewissen vereinbaren kann, darf als objektiv gewissenhaft gelten, sondern es ist gerade dieses individuelle Gewissen daraufhin zu prüfen, ob es den Anforderungen entspricht, die an das Gewissen eines Arztes zu stellen sind." (Rud. Stammler Festgabe S. 271).

Zu entscheidender Ablehnung des in der Begründung ausgesprochenen Gedankens gelangt man vollends, wenn man erwägt; daß das soziale Jdeal einer Gemeinschaft frei — im Sinne richtig — wollender Menschen in der Form, daß bei dem im Widerstreit der einzelnen Wünsche und Streben sich die in der Ueberzahl befindliche Gemeinschaft unbehindert wollender Menschen unter einer einzelne Gruppe und nur unter den in dieser Gruppe Herrschenden unterordnen soll, mit der Anerkennung, daß diese Minderheitsgruppe mit ihrem freien Wollen auch die Rechtmässigkeit des Wollens der übrigen Gemeinschaft bestimmen soll. Das bedeutet eine Ueberordnung der Arzte über die übrigen Menschen und qualifiziert letztere, wenigstens teilweise, als minderwertig. Damit erscheint fraglich, ob nicht die Begründung des § 263 im Widerspruch zn Art. 109 I RV, steht; denn dieser hat nach der von Triepel Naviasky usw. vertretenen Ansicht eine gegenüber der gesetzgebenden Gewalt bindende Kraft. (Vgl. Anschütz Art. 109 R.V. S. 305 ff.) Dies ist aber bestritten. Wie dem auch sei, abzulehnen ist die in der Begründung gegebene Richtschnur deshalb, weil die Idee der Begründung dahin abzielt, auch außerhalb der rein medizinischen Fragen auf sittlich rechtlichem Gebiete alle nicht zum Aerztestande gehörenden Menschen von der Klasse der Aerzte so abhängig machen zu wollen, daß die Ansichten aller, die nicht zu der herrschenden Klasse unter ihnen zu zählen sind, auf sittlich rechtlichem Gebiete — man denke z. B. an Sterilisierung oder Euthanasie — als minderwertig erscheinen. Das heißt, die Moral einer Volksklasse als Recht zu sanktionieren. Das kann aber nicht richtiges Recht sein und auch nicht richtiges Recht werden wollen. [1])

§ 12. Die Idee der Norm.

Frägt man nach den Grundgedanken der dem Verfasser bei der Abfassung des § 263 vorschwebte, so wird auf Grund

[1]) Hiegegen trat schon Oertmann in seinem Werke: Klassenmoral auf.

der obigen Darlegungen davon auszugehen sein, daß über die Lehren der ärztlichen Wissenschaft und die Regeln der ärztlichen Kunst im einzelnen Fall der Mediziner als Sachverständiger zu urteilen hat, daß aber für die Statthaftigkeit des Eingriffes der Mediziner nicht mehr Stimmrecht hat als jeder andere Volksgenosse. Es hat auf Grund der medinischen Vorarbeiten über die Statthaftigkeit die Anschauung des Volkes zu entscheiden. Dadurch wird man an die aus dem bürgerlichen Recht bekannten und z. B. im § 264 aufgenommenen „guten Sitten" erinnert. Einige Vertreter, z. B. Kahl (a.a.O. Veröffentl.) wollen daher den Satz, daß die Handlung der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen müsse, gleich den guten Sitten des BGB. setzen.

Die guten Sitten gehören aber dem bürgerlichen Rechte an. Wenn sie sich schon auf dem Rechtsgedanken überhaupt aufbauen und wenn man Strafrecht und Zivilrecht nicht als zwei völlig getrennte Rechtsbegriffe betrachten darf, so kann man doch nicht die Kasuistik der Rechtsprechung auf dem Gebiete der guten Sitten von diesem ohne weiteres hieher übertragen. Vielmehr wird daran festzuhalten sein, daß das Strafrecht in erster Linie nach seinem strafrechtlichem Wesen zu beurteilen ist und nur soweit aus anderen Rechten zu ergänzen ist, als es mit seinem Wesen vereinbart werden kann. Wenn also die guten Sitten als Richtschnur genannt werden, so kann diese Richtlinie nur die Verweisung auf den Grundgedanken des Rechtes überhaupt bedeuten. Zu billigen ist der Ausdruck aber deshalb, weil er auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes sich bewährt hat, und weil er nach dem R.G. (zuletzt R.G.Z. 104/330) dahin formuliert wurde, daß er das herrschende Volksbewußtsein verkörpere und dem Anstandsgefühle aller billig und gerecht Denkenden entspreche.

Die praktische Beurteilung eines Falles richtet sich also darnach festzustellen, daß der Eingriff oder die Behandlung sich also auf mechanisch anerkannte Grundsätze stützt, daß diese Eingriffe entsprechend der ärztlichen Kunst durchgeführt sind, um dann die Frage zu beantworten: Entspricht das ganze Verfahren dem herrschenden Volksbewußtsein. Bei der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen — in der Literatur anerkannt — (Vgl Zitate bei Orzechowski S. 41, Verstoß gegen die guten Sitten), daß es sich bei den guten Sitten um einen Begriff handelt, der zwischen den Begriffen der Sitte und des Rechtes steht. Man wird also bei einer Entscheidung über einen Fall der Euthanasie z. B. nicht generell sagen können, daß diese Eingriffe Zerstörung eines Lebens sind, sondern der Richter wird gerade in einem solchen Falle an Hand der besonderen konkre-

ten Tatumstände sich darüber schlüssig werden müssen. ob im vorliegenden Falle nicht doch ein Eingriff zu einem Heilzwecke vorlag, weil nach dem übereinstimmenden Urteile der Aerzte der Kranke nur von Leiden befreit und die zur Sorge um ihn Berufenen von einer sozialen Not erlöst wurden.[1])

Auch nach diesem Gesichtspunkte ist es unrichtig, wenn die Begründung der Eingriffe zum Zwecke der Vernichtung der Zeugungs- und Gebärfähigkeit nach § 263 beurteilt wissen will, denn der Kernpunkt der Abtreibungsbestimmungen ist der, zu verhindern, daß das möglicherweise entstehende Leben nicht entstehen soll. Wenn für einen Einzelfall der Gesetzgeber bestimmte Ansichten vertritt, die das herrschende Volksgefühl repräsentieren, so führt die Logik dahin, auch einen Eingrff der in genereller Form den gleichen Zweck hat, an die gleichen Voraussetzungen zu binden, wie den Einzeleingriff, also an die Voraussetzungen des § 254.

Durch die Vorschriften des § 281 hat sich der Gesetzgeber ferner dahin ausgesprochen, daß ein Eingriff der Uebung eines gewissenhaften Arztes nur entspricht, wenn er nicht gegen den Willen des Patienten vorgenommen wird. Die Willenskundgabe des Kranken hat aber nicht mehr die Bedeutung, daß sie über die Strafbarkeit oder Straflosigkeit der Handlung als Körperverletzung zu entscheiden hat, wie nach der Rechtssprechung des R.G. und noch des Entw. 25, sondern die Handlung wird hinsichtlich der Körperverletzung unabhängig von der Willensäusserung des Behandelnden beurteilt.

Versucht man nun ein System aufzustellen, das die Kasuitik der Begründung einreiht, so ist bei der Beurteilung des Falles festzustellen: War der Eingriff oder die Behandlung indiziert? Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Behandlung aus medizinischen, eugenischen, sozialen oder ethischen Gründen indiziert war; denn die Begründung sagt ausdrücklich: Die Vorschrift setzt nicht voraus, daß der zu Behandelnde im medizinischen Sinne krank ist. Weiter ist festzustellen, ob die Behandlung sittlich erlaubt ist. Wird eine Behandlung auf Grund einer Indikation durchgeführt, so ist sie in ihrer abstrakten Form unmöglich unsittlich. Auch hinsichtlich der angewendeten Kunst wird sie nicht wie z. B. im Falle des Sadismus an und für sich unsittlich sein, vielmehr ist auf die menschlichen Schwächen

---

[1]) Dagegen glaubt Radbruch (Reform S. 304), daß § 238 E. 25 die Fälle der Euthanasie nicht decke. Er schlägt eine dem dänischen Entw. von 1924 § 240 ähnliche Bestimmung vor: „Ist die Handlung (Tötung auf Verlangen) begangen, um einen hoffnungslosen Kranken von schwerem, unabwendlichem Leiden zu befreien, so kann die Strafe unter besonderen Umständen fortfallen."

Rücksicht zu nehmen und nur eine solche kunstgemäße Ausführung zu fordern, wie sie der einzelne Arzt sich aneignen konnte dann, wenn er nach einem objektiven Maße als gewissenhaft bezeichnet werden muß. Ausschlaggebend wird für die Statthaftigkeit eines Eingriffs der Zweck des Eingriffes sein. Für die Beurteilung des Zweckes des Eingriffes wird aber die ärztliche Ethik einen wertvollen Fingerzeig geben. Entscheidend muß jedoch die Anschauung aller billig und gerechtdenkenden Menschen sein. Diese wird sich im Anschluß an die E.R.G. Str. 61 243 dahin formulieren lassen, daß das geringerwertigere Gut dem höherwertigeren geopfert werden darf bezw. die geringerwertigere Pflicht der höherwertigeren zu weichen hat. Nach dieser Ansicht ist es auch nicht erforderlich, die in der Sitzung des Landesgesundheitsrates vorgeschlagene Form: „Im Interesse des Kranken vornimmt" einzufügen. Denn der Fall des Fingerabschneidens zur Erlangung einer höheren Rente ist nach den oben gemachten Ausführungen durch den Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung zu lösen.

Soweit der Arzt aber Eingriffe und Behandlungen vornimmt, für die eine ärztliche Praxis nicht besteht, muß der Arzt die Einwilligung des Patienten besitzen und der Zweck der Behandlung darf gleichfalls nicht gegen die guten Sitten verstossen. Bei diesen Handlungen kommt es aber auch darauf an, ob nicht die Zustimmung zur Behandlung auf eine unsittliche Weise erlangt wurde, was sowohl der Fall sein kann bei den von Heimberger (Reform S. 88) ins Auge gefaßten Taten der Nächstenliebe als auch bei der Erteilung der Erlaubnis zur Vornahme eines ärztlichen Experimentes gegen eine hohe Bezahlung.

---

§ 13. Die rechtliche Bedeutung des § 263.

Die rechtliche Bedeutung des § 263 äußert sich darin, klar zu stellen, daß der ärztliche Eingriff an und für sich „keine Körperverletzung ist". Die Begründung S. 132 verweist dabei auf den seit langem angefochtenen Standpunkt des R.G. Die Wortform des § 263 — „sind keine Körperverletzungen im Sinne des Gesetzes" — deutet auf den ersten Blick auf einen Sieg der Ansichten Heimbergers, Belings, Frank's usw. hin. Das ist aber nicht der Fall, weil § 259 bestimmt: Wer einen anderen am Körper verletzt, körperlich mißhandelt oder die Gesundheit beschädigt, begeht eine Körperverletzung. Der „Widerspruch in sich selbst" wurde im geltenden Rechte deshalb betont und die Tatbestandsmässigkeit der ärztlichen Handlung deshalb geleugnet, weil das geltende Recht als Tatbestandsmerkmal der Körper-

verletzung nur die körperliche Mißhandlung und die Gesundheitsbeschädigung kennt; nicht aber die Verletzung am Körper eines anderen. Dadurch, daß im Anschluße an das RG. in den Entw. als Tatbestandsmerkmal die Verletzung am Körper eines anderen eingefügt wurde, kann kein Zweifel mehr darüber bestehen, daß es nicht auf den Enderfolg einer Reihe von körperlichen Verletzungen ankommen kann, sondern nur auf die einzelne Handlung, sodaß beim ärztlichen Eingriffe auch der sog, Zwischenerfolg nunmehr strafbar ist. Der Verfasser des Entw. setzte also zu gleicher Zeit zwei entgegengesetzte Hebel an, indem er einmal erklärt, jede Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist Körperverletzung; das andere Mal, eine bestimmte körperliche Verletzung ist keine Körperverletzung. Dabei ist ausschlaggebend für eine Unterscheidung zwischen beiden nur die Art und Weise der Handlungsvornahme. Der Entw. stellt es also nicht auf den Erfolg, sondern auf den verfolgten Zweck ab, wobei gleichwertig neben einander stehen die objektive Beschaffenheit der Handlung, den erwünschten Erfolg herbeizuführen — Lehre der medizin. Wissenschaft, Regeln der ärztlichen Kunst — und der subjektive Wille, diesen Erfolg auch hervorzurufen.[1]) Diejenigen Schriftsteller, die bereits zum geltenden Rechte das Schwergewicht auf die objektive Beschaffenheit und auch auf den Zweckwillen legten (Vgl. o. § 3), haben niemals die Tatbestandsmässigkeit der ärztlichen Handlung als Körperverletzung geleugnet. Mag auch die Tatbestandsmässigkeit der ärztlichen Handlung nach geltendem Rechte sehr fraglich sein, nach den Entw. ist die Frage dahin entschieden, daß sie eine Körperverletzung ist. Deshalb ist es eine Unstimmigkeit, wenn der Entw. eine tatbestandsmässige Handlung wegen der Art und Weise der Handlungsvornahme nicht als Körperverletzung bezeichnet. Obgleich im Entw. 25 § 237 noch die Einwilligung des Kranken eine entscheidende Rolle spielte, führte bereits Radbruch (Reform S. 317) aus: „Diese Fassung überläßt es der Wissenschaft, ob die übungsgemäße ärztliche Handlung der Tatbestandsmässigkeit oder nur der Rechtswidrigkeit entbehrt." Da der Entw. die Frage der Tatbestandmässigkeit dahin entschieden hat, daß die ärztliche Handlung an und für sich Körperverletzung ist, so kann die Bedeutung des § 263 nur die sein, daß eine übungsgemäße ärztliche Handlung keine rechtswidrige Körperverletzung ist.

---

[1]) Es kann daher nicht eine kunstgerechte und indizierte ärztliche Handlung, die einem verbrecherischen Willen entspringt, nach § 263 straflos sein; ebensowenig die lediglich um Geld zu verdienen vorgenommene zwecklose Heilbehandlung. (Finger I 405 ff.)

Aus § 238 Entw. 25, der gleich lautet wie § 263, schloß Radbruch a. a. O.: Die Operation ist auch nach dem Entw. eine durch Berufsrecht der Rechtswidrigkeit entkleidete Körperverletzung. Diese Ansicht ist nach dem Entw. 27 unrichtig, da es gleichgültig ist, wer die Handlung vorgenommen hat. Die Vorschrift des § 263 bedeutet rechtlich keinen persönlichen Strafausschliessungsgrund, sondern sie stellt einen objektiven Rechtfertigungsgrund dahin auf, daß die Handlung selbst nicht rechtswidrig ist.[1])

Aus dieser Darlegung ergibt sich auch die Beantwortung der Frage, ob es ausgeschlossen ist, daß der Arzt, wenn infolge einer übungsgemäßen ärztlichen Handlung der Tod des Kranken eintritt, wegen Tötung, sei es Mord, Totschlag oder fahrlässige Tötung, belangt werden kann. Die Begründung erklärt: Ist die Handlung entsprechend der Uebung eines gewissenhaften Arztes vorgenommen, „so liegt eine Körperverletzung auch dann nicht vor, wenn der Heilerfolg ausbleibt“ An und für sich kann es fraglich erscheinen, ob der Arzt, wenn er auf einen schlimmen Ausgang der Operation gefaßt ist und trotzdem die Tat will, wegen Totschlages oder Mordes — wenn er während der Tatausführung die zur Tat drängenden und die von der Tat abhaltenden Motive abwägt — oder wenigstens wegen fahrlässiger Tötung, wenn er den Tod nicht will, strafbar wäre.

Zu dieser Erwägung wird man gedrängt durch die Rechtsprechung des R.G. zu § 216 R.Str.G.B., die dahin geht, daß der Täter, der jemand auf ausdrückliches Verlangen tötet, wegen schwerer Körperverletzung dann bestraft wird, wenn der Tod nicht durch diese verlangte Tötungs-Handlung eintritt (Vgl. Ausführungen bei Frank S. 448 E. 2, 442, 28, 200). Einen solchen Schluß a minori ad minus könnte man hier anwenden. Ist die Handlung keine tatbestandsmässige Körperverletzung, so ist diese Frage offen zu lassen. Denn der zitierte Satz der Begründung klingt wie ein delphisches Orakel, dessen Ausspruch man nach beiden Seiten verwenden kann, ähnlich § 216 Str.G.B. zur Frage der Bedeutung der Einwilligung. Ist aber eine übungsgemäße ärztliche Handlung keine rechtswidrige Körperverletzung, so ist die Bedingung, die den Erfolg des Todes herbeiführt, nicht rechtswidrig gesetzt und daher kann auch der Erfolg nicht rechtswidrig sein. Trotz der unglücklichen Wortform des § 263 kann man aber zu diesem gleichen richtigen Ergebnis gelangen, wenn

---

[1]) Die für das ärztliche Experiment wichtige Frage, welche Bedeutung die Einwilligung in eine Körperverletzung hat, ist gleichfalls dahin zu entscheiden, daß es sich auch hier nur um einen objektiven Unrechtsausschließungsgrund handelt, der die Tat der Rechtswidrigkeit nicht der Tatbestandsmäßigkeit entkleidet.

man die Beurteilung nur darauf abstellt, daß der erzielte Erfolg stets für die Strafbarkeit der Handlung belanglos ist.

---

2. Abschnitt.

Schutz des Körpers des Patienten bei der uneigentlichen Heilbehandlung.

§ 14. Die Voraussetzungen für die Straflosigkeit solcher ärztlicher Handlungen.

Nach der Bestimmung des § 254 ist gegenüber dem geltenden Rechte keine Aenderung eingetreten hinsichtlich des Objektes der Handlung. Verschieden aber von der Rechtsprechung des R.G. zum geltenden Rechte sind die an die Person des die Handlung Ausführenden gestellten Voraussetzungen; denn diese muß ein approbierter Arzt sein. Diesen persönlichen Voraussetzungen stehen im § 254 die Voraussetzungen gegenüber, die an die Handlung selbst gestellt werden.

Die Person des die Schwangerschaft Unterbrechenden muß also ein approbierter Arzt sein. Diese Voraussetzung entspricht der in § 1 des Entw. zu einem Gesetze, betreffend die Beseitigung zur Zeugungs- und Gebärfähigkeit (Reichstag-Drucks. 1918 A. 325/1717). Darnach ist die Befugnis zu einer solchen Handlung auf staatlich anerkannte Aerzte beschränkt, da weder eine im Ausland erworbene Berechtigung zur Ausübung der ärztlichen Praxis noch das Bestehen eines ärztlichen Fachexamens im Inlande ohne den Besitz der Approbation für sich allein genügende Gewähr für eine sachgemässe ärztliche Betätigung auf diesem Gebiete bietet. Der Arzt muß also zur Zeit der Tat sich im Besitze einer Approbation befinden, die grundsätzlich nur von deutschen zuständigen Behörden ausgestellt werden kann (§ 29 GewO.). Da der Arzt, welcher eine solche Approbation erlangt hat, in der Wahl des Ortes, wo er sein Gewerbe betreiben will, frei ist, so bedarf er nur der Approbation der Behörde, die in dem Bundesstaate, in dem er um die Approbation nachgesucht hat, zuständig war. Ein Unterschied zwischen der Approbation einer weiblichen und männlichen Person besteht nach der GewO. § 29 nicht und dürfte auch hier unangebracht sein, schon deshalb, weil dies der R.V. Art. 109 II widersprechen würde. Im Anschlusse daran, daß § 254 ohne Zweifel als Approbation die Genehmigung eines Gewerbetreibenden nach

der GewO. § 29 ansieht, wird man die Schlußfolgerung ziehen dürfen, daß auch Aerzte, die die Heilkunde nur auf einem Teilgebiete der humanen Medizin betreiben, z. B. Zahnärzte, als approbierte Aerzte im Sinne des § 253 an und für sich zu betrachten sind.

Jedoch ist dabei zu berücksichtigen, daß § 254 für diese Art von Eingriffen eine besondere Gewähr für sachgemässe ärztliche Betätigung und auch für das erforderliche Maß von Verantwortungsgefühl bieten soll. Es ist daher die Gruppe der Aerzte dahin einzuschränken, daß nicht jeder approbierte Arzt auch Arzt im Sinne des § 254 ist, sondern nur diejenigen, die entweder für das ganze Gebiet der humanen Medizin approbiert und tätig sind, oder wenn sie nur für einen Teil des Gebietes staatlich anerkannt sind, daß sie dann für das Gebiet der Frauenheilkunde approbiert sein müssen. Es hat also eine Auslegung ähnlich dem Erkenntnisse des Bay. OLG. v.. 24. 5. 75 stattzufinden. Wollte man jeden approbierten Arzt als Arzt im Sinne des § 254 betrachten, so müßte z. B. auch ein Zahnarzt die erforderliche Sachkunde und Verantwortlichkeit für eine gebotene Schwangerschaftsunterbrechung besitzen. Das kann aber nicht Zweck der Bestimmung sein. Sollte man einer derartigen Beschränkung der Vornahme erlaubter Handlungen zwecks uneigentlicher Heilbehandlung entgegenhalten, daß sie mit dem in § 1 der Gew.O. festgelegten Grundsätze der Gewerbefreiheit im Widerspruch, so ist dem entgegenzusetzen, daß hierdurch ebensowenig wie z. B. im § 7 GBG. nicht die Gewerbefreiheit als solche beschränkt wird, sondern uur die Ausübung. Eine derartige Beschränkung ist aber erlaubt. (Vergl. Landmann § 1 Gew.O.)

Weiterhin ist im Anschlusse an die Gew.O. anzunehmen, daß auch die gegenseitige Zulassung von an der Grenze wohnhaften Medizinalpersonen zur Ausübung der Praxis auf deutschem Gebiete entsprechend den verschiedenen Staatsverträgen (z. B. mit den Niederlanden, Oesterreich, Luxemburg, Schweiz) entsprechend anzuwenden ist. Es ist dies allerdings keine Approbation nach der Gew.O. Aber, da die Ausübung des Heilgewerbes im Umherziehen nur approbierten Personen erlaubt ist (§ 56 a Z. 1) wird durch diese Staatsverträge den in Frage kommenden Personen die Stellung einer approbierten Medizinalperson eingeräumt. Es spielt eine derartige Anwendung der Bestimmungen im wesentlichen keine Rolle. Denn unternimmt ein solcher Arzt mit einem allenfalls recht weitem Gewissen ohne weitere Voraussetzungen eine Abtreibung vor, so muß er dieses „Gewerbe“ stets in seinem Grenzbezirke ausüben. Es kommen also für ihn in erster Linie nur die Bewohner des

Grenzbezirkes in Frage. Wenn aber aus weiterer Entfernung die Frauen zu ihm kommen, so wird es diesen Frauen nicht viel ausmachen, ob sie noch einige Kilometer über die fragliche Grenze fahren oder nicht. Dabei ist aber noch zu bedenken, daß die Vergünstigungen dieser Verträge auf fremde Aerzte die sich (z. B. durch Miete eines Sprechzimmers auf deutschem Gebiete oder Errichtung einer Anstalt) im Deutschen Reiche gewerblich niedergelassen haben, nicht gelten.[1])

Dem gegenüber stellt der Entw. an die Handlung selbst die Erfordernisse, daß sie 1. in technischer Hinsicht den Regeln der ärztlichen Kunst entspricht und daß sie 2. erforderlich ist, um eine ernste Gefahr für Leben oder Gesundheit der Mutter abzuwenden, die auf andere Weise nicht abwendbar ist.

Für den ersten Punkt gilt das bereits oben zu § 263 in technischer Hinsicht Ausgeführte. Wenn hier in § 254 das Moment der Gewissenhaftigkeit für die Vornahme der Ausführung der Handlung nicht ausgesprochen ist, so hat das seinen Grund einerseits darin, „daß von den Aerzten das erforderliche Maß von Verantwortlichkeitsgefühl erwartet wird, das gegebenenfalls der Nachprüfung durch das ärztliche Ehrengericht unterworfen ist." (Begr. Entw. 18). In technischer Hinsicht wird vom Gesetz also gefordert, das „besondere Maß von Sachkunde und Erfahrung", das erforderlich ist, um einen so folgenschweren Eingriff richtig abzuwägen und mit der Aussicht auf den zu erwartenden Erfolg der Erhaltung des Lebens und der Gesundheit der zu Behandelten durchzuführen. Andererseits kommt eine sittlich rechtliche Erwägung im Gegensatz zu § 263 insoweit nicht in Betracht, als der Arzt abwägen müßte, ob das Interesse an der Erhaltung des Lebens oder der Gesundheit der Mutter das Interesse an der Erhaltung des Kindes überwiegt. Schon im Entw. 19 (Begr. zu § 288 S. 233) geht die Ansicht dahin, daß sich aus dem Zusammenhang ohne weiteres ergibt, daß der Gesetzgeber die Frage verneint, ob die Gefährdete den drohenden Schaden zu tragen rechtlich verpflichtet ist. Deshalb ist das Erfordernis einer solchen Nicht-Verpflichtung auch von der dem Entw. 19 entsprechenden Rechtslage des Entw. 27 nicht besonders aufgestellt.

Eine sittlich rechtliche Erwägung hat jedoch insoweit Platz zu greifen, als der Arzt und der Strafrichter darüber zu entscheiden haben, ob der Eingriff zur Abwendung einer ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Mutter erforderlich war.

Als Gefahr bezeichnet man das Bevorstehen eines drohenden Uebels. Sie liegt vor, wenn einzelne, aber noch nicht alle Be-

[1]) Vgl. Landmann § 29 S. 290 Bayr. OLG. Str. 4/11, Reger 25/232.

dingungen für den Eintritt eines Uebels gegeben sind. Nun ist aber das Gebären von Kindern unter normalen Umständen alles andere eher als ein Uebel. Daher müssen alle jene Eingriffe ausscheiden, die vorgenommen werden, um einer Frau ihre Bequemlichkeit, ihren Luxus usw. eben das bloße Nichtwollen von Kindern und der damit verbundenen Last zu sichern. Objektiv wird durch die Gefahr der Eintritt des Uebels nicht nähergerückt. Aber dem Menschen, der die Zukunft nicht kennt, und mit Wahrscheinlichkeiten rechnet, erscheint der Eintritt des Uebels durch die Gefahr näher gerückt. Dieser Umstand erweckt seine Furcht. Nach der Art der Furcht, die die Gefahr erweckt, spricht man von einer schweren, ernsten, leichten Gefahr.

Betrachtet man von diesem Gesichtspunkte aus die verschiedenen Gründe zur Abtreibung — medizinisch genannt Indikationen —, so sind diese Bedingungen für ein wahrscheinlich oder unwahrscheinlich eintretendes Uebel. Ein solches unwahrscheinliches Uebel bilden rassenhygienische Gründe, „weil hier der Mensch lediglich Vorsehung spielen will" (Kahl Veröffentl. S. 75). Grundsätzlich sind aber die 4 Formen der medizinischen, eugenischen, sozialen und ethischen Indikation in Betracht zu ziehen. Dabei ist für eine richtige Beurteilung der Fälle einer Notzucht vorteilhaft, wenn man unterscheidet zwischen einer vis ingrata und einer vis grata, einer Gewalt, die nicht unangenehm ist. Damit dürfte man den Streit erledigen können, ob die Notzucht gerichtlich nachgewiesen sein muß, — was ohne Zweifel zu sehr großen Härten führen würde, die hinreichend erörtert wurden (Schaeffer a.a.O. S. 67; trotzdem Vorschlag für gerichtliche Feststellung) — oder nicht. Denn bei dieser Unterscheidung können alle früheren Beziehungen und Verhältnisse der Schwangeren zur Beurteilung des betreffenden Falles herangezogen werden. A. A Kahl Veröffentl. S. 74.

Hinsichtlich des Ausmaßes der Gefahr war im Entw. 18 die Beseitigung einer schweren Gefahr gefordert. Diese Formulierung drückte mehr die Intensität und die Gravität der Gefahr bezw. der Befürchtung ihres Eintrittes aus, als deren nachhaltige Wirkung. Die ernste Gefahr des Entw. 27 dagegen umfaßt diese Folge ebenso wie die Intensität und Gravität der Gefahr. Unter ernster Gefahr ist also die Befürchtung eines erheblichen Uebels von erheblicher Tragweite und Zeitdauer zu verstehen. Es muß also der Arzt nach gewissenhafter Prüfung des Falles die pflichtgemäße Ueberzeugung gewonnen haben, daß der Eintritt des Todes der zu Behandelnden zu befürchten sei oder ihre Gesundheit aufs ernsteste gefährdet wird. Die Begründung des Entw. 27 gibt jedoch keinen Anhaltspunkt dafür, wann sie eine Gefahr als ernst betrachtet. Einen solchen

Anhaltspunkt findet man aber, wenn man der materiellen Interessenlage entsprechend die Vorschrift des geltenden Rechtes über den Notstand heranzieht. In dieser Beziehung findet sich auch in der Begründung zu § 25 des Entw. (S. 23) der Satz: Den Vorschriften des allgemeinen Teiles über den Notstand sind einige Bestimmungen des besonderen Teiles verwandt. So bestimmt § 254 die Voraussetzungen für den praktisch besonders wichtigen Fall der ärztlich gebotenen Schwangerschaftsunterbrechung.

Der Notstand des Entw. 27 baut sich darauf auf, daß bei pflichtgemäßer Berücksichtigung [1]) der sich gegenüberstehenden Interessen dem Täter oder dem Gefährdeten nicht zuzumuten war, den drohenden Schaden zu dulden. Den Maßstab für die Zumutbarkeit sollen die Anschauungen des Verkehrs, die Auffassung aller billig- und gerechtdenkenden Menschen und allemein sittliche Erwägungen geben. Da die Einwirkung auf das Leben der Frucht nur zulässig ist zum Schutze von Leben oder Gesundheit der Mutter, erscheint zunächst nur die rein medizinische Indikation, die nur die körperliche Konstitution bezw. den Krankheitszustand berücksichtigt, eine derartig wirksame Grundlage zu bilden, daß die Prognose eine Gefahr von erheblicher Gravität, Intensität und Dauer in Aussicht stellt. [2]) Denn diese richtet sich ohne Zweifel gegen Leben und Gesundheit der Schwangeren. (Vgl. Begründung § 254 und die Ausf. des Reichsjustizminister im Rechtsausschusse des Reichstags vom Juni 1929.) Die medizinische Indikation ist aber bereits im geltenden Rechte als ein Unrechtsausschließungsgrund anerkannt. Aus den gesamten Verhandlungen zu den früheren Entwürfen (vgl. besonders die schon zitierten Sitzungen des Landesgesundheitsrates S. 59) geht hervor, daß für die Vorschrift eine Wortform gesucht wird, die bezweckt, die fortschreitende Entwicklung nicht zu hemmen, vielmehr sie zu fördern. Geht die sittliche Anschauung des Gesetzgebers dahin, daß sich die Zumutbarkeit der Duldung eines Notstandes nach den Anschauungen aller billig- und gerechtdenkenden Menschen richtet, so kann die herrschende Volksanschauung, wenn sie noch nicht heute dahin

[1]) Die pflichtgemäße Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen ist eine sachliche Voraussetzung für die Anwendung des Notstandes (R.G. 62/128) ebenda wie des § 254.

[2]) Jedoch sind bei der medizinischen Indikation auch die sozialen Verhältnisse der Schwangeren zu berücksichtigen. Vgl. z. B. die Forderung der Aerztekammer in Berlin (Aerztl. Vereinsbl. 1928 S. 1474). Bei der gesundheitlichen Indikation sollen die sozialen Verhältnisse mitbestimmend berücksichtigt werden. Ferner vgl. Grotjahn (Veröffentl. S. 65). Heute ist die Fruchtabtreibung unter dem Deckmantel der medizinischen Indikation im Schwunge, weil wir Mediziner nicht imstande sind, diese so zu gestalten, daß es unmöglich ist, sie in dieser Weise zu mißbrauchen.

geht, doch später als billig anerkennen, daß einer Schwangeren nicht zugemutet werden kann, einen ihr drohenden Schaden — besonders in wirtschaftlicher Hinsicht — aus Rücksicht auf fremde Interessen (des Staates, vielleicht auch des Mannes) zu dulden. Es können also auch die anderen außer der medizinischen Indikation eine ernste Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Mutter darstellen.

Für die Hereinbeziehung dieser Indikation spricht auch der Umstand, daß zwischen § 254 und § 25 der wesentliche Unterschied besteht, daß die Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren nicht gegenwärtig zu sein braucht. Gegenwärtig ist eine Gefahr, wenn „ein Zustand vorhanden ist, der erfahrungsgemäß bei natürlicher Weiterentwicklung den Eintritt der Schädigung als sicher bevorstehend erscheinen läßt, wenn nicht dagegen eingeschritten wird (R. G. Str. 61, 243, 36/338-40)". Der Unterschied zwischen der medizinischnen Indikation und den übrigen Indikationen besteht aber darin, daß der Eintritt eines Uebels für Leben oder Gesundheit der Schwangeren nicht während der Schwangerschaft, sondern erst nach dem Zeitpunkte der Geburt der Frucht erwartet wird. Soll also § 254 seinen Zweck erfüllen, daß der Arzt nicht entgegen den Grundsätzen seiner Wissenschaft bis zum letzten Augenblicke zu warten braucht, in dem die Gefahr eintritt, sondern berechtigt sein soll, den künstlichen Abort schon in einem früheren Stadium, vielleicht im ersten Monat, einzuleiten, so ist er auch anwendbar auf diejenigen Fälle, in denen das befürchtete Uebel erst nach der Geburt erwartet wird. Darüber aber, daß die soziale Not eine ernste Gefahr für Leben oder Gesundheit der Mutter darstellt, haben Mediziner, wie z. B. Schickerle oder der Gynäkologe Haeberlin und viele andere mehr, genügend geschrieben. Dieser z. B. (Strafrecht und Frauenheilkunde S. 68 ff.) sieht es als Recht und Pflicht des Arztes an, der weiteren Verschlechterung der sozialen Lage und indirekt des Gesundheitszustandes durch Einschränkung der Konzeption vorzubeugen, damit vor allem die schon übermäßig mit Arbeit und Sorge belastete und in ihrer Widerstandsfähigkeit geschwächte Mutter, der Familie erhalten bleibe.[1])

[1]) Nach der gleichen Richtung geht die Ansicht von Calkers a.a.O. S. 40/42. Die soziale Indikation ist zulässig, wenn durch eine neue Schwängerung eine zu erwartende, schwere, vielleicht unverbesserliche Gesundheitsbeschädigung oder gar der Tod für die Frau abgewendet werden soll. Vgl. auch den Tatbestand der E.R.G.Str. 61/243. De lege ferenda geht Hans von Hentig (Monatsschrift f. Krim. Psych. 26/322) von der Unterscheidung aus. Entweder ist bei der modernen Frau das Mutterschaftsgefühl als ein körperliches und seelisches Bedürfnis im schnellem Niedergang begriffen, oder die Aufzuchtsbedingungen haben sich so verschärft, daß die Abtreibung in der Mehrzahl der Fälle eine Funktion der mütterlichen Fürsorge geworden ist.

Bisher hat man insbesondere der sozialen Indikation eine sittliche Anerkennung deshalb versagt, weil man davon ausging, daß „der Arzt und ebenso der Richter nicht kaltblütig der unglücklichen Frau die Ertragung der Not zumuten kann, wenn nicht das Strafgesetz ihm die klare Weisung gibt, daß Arbeitslosigkeit des Mannes, Wohnungsnot und Furcht vor Schande (kurz alles, was wir (= Schäffer) unter sozialer Indikation verstehen) als solche auf keinem Fall die Abtreibung straflos machen. Die Entscheidung über die „Zumutbarkeit", die hier dem Richter „zugemutet" wird, fällt aus dem Rahmen richterlicher Tätigkeit heraus und fällt ausschließlich in das Gefühlsgebiet. Die Rechtsfindung wird in eine größere oder geringere Mitleidsbetonung verwandelt. Soll der Richter einer Frau, deren Mann monatlich 150 Mark Einkommen hat 1, 2, oder 4 Kinder „zumuten"? Vor welche geradezu unlösbaren Aufgaben wird der Richter durch dieses Wort gestellt?" (Schaeffer Z. St. W. 1927 S. 70). Hierzu ist zu bemerken, daß der Richter die Aufgabe hat, dort dem Rechte neue Bahnen zu ebnen, wo die strikte Rechtsanwendung zu unbilligen Härten führt. Weiterhin kann man von solchen a priori kasuistischen Regelungen nicht ausgehen. Die Begründung 27 sagt gerade, daß das Gefühl aller billig- und gerechtdenkenden Menschen und die sittlichen Erwägungen maßgebend sein sollen für die Beurteilung des Einzelfalles.

Auch die Aeußerung, daß die Rechtsfindung eine grössere oder geringere Mitleidsbetonung werde, ist ein Einwand, dem man auch dem Begriffe der guten Sitten und dem von Treu und Glauben (Aufwertung!) entgegenbringen könnte und der sich dann gleich als ungiltig erweist. Dies betont mit Recht auch Heimberger (Reform S. 81/84).

Bei richtiger Handhabung von seiten der Aerzteschaft wird auch die Anerkennung der sozialen Indikation nicht in dem bisher gefürchteten Ausmaße sich auswachsen. In dieser Richtung betont mit Recht Beitter a.a.O. S. 140: „Die Mutter wird auch den Kaiserschnitt zu dulden dann rechtlich verpflichtet sein, wenn derselbe unter den besonderen Umständen des Falles vom Arzte nicht besonders gefahrvoll erachtet wird, wie sie auch anerkanntermaßen verpflichtet ist, die normale Gefahr einer Geburt zu tragen." Unseres Erachtens bildet ein wesentliches Moment bei der Beurteilung der Frage, ob die drohende Gefahr der Mutter zumutbar ist, die Erteilung oder Nichterteilung der Einwilligung in den geplanten Eingriff. Im wesentlichen kommt es bei der sozialen Indikation, ebenso wie bei dem übrigen, praktisch darauf an, ob die geistige und seelische Depression eine ernste Gefahr für das Leben oder die Gesundheit

der Frau bedeutet. (Vgl. Beitter S. 148). Dagegen wird eine Unterbrechung der Schwangerschaft mit Rücksicht auf das Standes- oder Ehrgefühl der Schwangeren dem Prinzipe nach nicht ausreichen, weil auch ein sog Ehrennotstand nach dem Entw. weder als Notstand noch als ernste Gefahr des § 254 anerkannt ist.

Der leitende Gedanke bei Beurteilung des einzelnen Falles ist aber wieder der, ob nach den Anschauungen des herrschenden Volksgefühls die Handlung erlaubt ist. Ausschlaggebend wird dafür der Zweck der Handlung sein. Was nun die sittlichen Anschauungen anlangt, so können sie „wieder gar nichts anderes bedeuten, als die Besinnung auf das grundsätzlich Richtige in Sachen des Rechts. Denn nicht um die Lauterkeit der Gesinnung handelt es sich, sondern um das Recht des sozialen Verhalten: und es gilt im Besonderen, den rechten Ausgleich zu finden zwischen der Lage desjenigen, der einen erheblichen eigenen Schaden zu befürchten hat und des anderen, auf dessen Kosten er diesen Schaden wohl zu kehren möchte." (Graf Dohna, Festgabe S. 265.) Ist aber der Zweck nicht sittlich einwandfrei, so kann nur noch von einer Entschuldbarkeit der Handlung gesprochen werden; wobei entschuldbar etwa soviel bedeutet wie begreiflich und daher verzeihlich. Dieser Umstand kann in § 254 aber nur eine Bedeutung für die Höhe des Strafausmaßes haben. „Damit eine solche verzeihliche Handlung straflos wäre, müßten aber die Voraussetzungen des Notstandes gegeben sein, also vor allem müßte die Gefahr eine gegenwärtige sein, d. h. es müßte der letzte Zeitpunkt gekommen sein, um sie abwenden zu können." (Heimberger, Reform S. 82). Es läge dann ein persönlicher Strafausschließungsgrund vor.

Eine weitere Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer ärztlichen Handlung ist nach § 254, daß die Gefahr „auf andere Weise nicht abwendbar ist". Diese Worte können sowohl den Sinn haben, daß der eingeschlagene Rettungsweg der einzig mögliche sein müsse, als auch den, daß die Rettung nicht anders als durch die Verletzung von Interessen Dritter möglich ist. Wie im geltenden Recht § 54, haben auch hier diese Worte nur die Bedeutung, daß die Rettung ohne Verletzung Dritter unmöglich ist. Dabei stehen sich als Güter gegenüber auf der einen Seite Leben oder Gesundheit der Mutter, auf der anderen Seite das Leben des Kindes oder das staatliche Interesse — vor allem bei der Sterilisierung oder das Interesse des Mannes usw. Wenn solche Interessen miteinander kollidieren, so spricht man von einer Indikation. Diese ist wieder darauf zu prüfen, ob sie eine ernste Gefahr bedeutet. Mit der Beantwortung

dieser letzteren Frage ist zugleich die Unabwendbarkeit der Gefahr beantwortet.[1])

---

§ 15. Die rechtliche Bedeutung des § 254.

Die Bestimmung des § 254 ist unter dem Abschnitte über Abtreibung eingereiht. Sie setzt also voraus das Bestehen einer Schwangerschaft;[2]) umgekehrt darf die Schwangerschaft noch nicht beendet sein. Eine Handlung, deren Gegenstand die Mole ist, wenn sie nur noch als toter Körper im Mutterleibe vorhanden ist, ist daher nicht nach § 254 zu beurteilen, sondern als eigentliche Heilbehandlung nach § 263 zu betrachten, da es sich um die Entfernung eines fremden Körpers aus dem Körper der Patientin handelt.

§ 254 umfaßt also alle jene Handlungen, die wegen der Geburt eines Kindes vom Zeitpunkte der Konzeption bis zur Beendigung der Geburt vom Arzte vorgenommen werden. Dabei muß den Zweck der Handlung ein Eingreifen in den Gebärungsvorgang darstellen. § 254 ist jedoch nicht anwendbar, wenn ein Eingreifen in den Gebärungsvorgang erforderlich wird anläßlich einer eigentlichen Heilbehandlung der Schwangeren, wenn also die Abtreibung nicht Selbstzweck oder alleiniger Zweck der Handlung ist, sondern die unvermeidliche Nebenwirkung eines sonstigen Heileingriffes, z. B. einer Operation in den Eingeweiden oder dem Magen. (Ebenso Entw. 18 Begr. zu § 1). Eine andere Ansicht vertritt hier der Herausgeber der Denkschrift z. allg. dtsch. Str.G.B. Entw. 27 des Caritasverbandes (S. 26 ff.): „Es muß deutlich zum Ausdruck gebracht werden, daß die Unterbrechung der Schwangerschaft nicht Selbstzweck sein darf, sondern Folge einer zu anderen Zwecken

---

[1]) Mit Recht betont hinsichtlich der Tragweite einer solchen Auslegung des § 254, wie sie geschah, Radbruch (Reform S. 310): Aber die ethische und soziale Indikation muten dem Arzte — bei Gefahr der Strafe — Untersuchungen und Feststellungen zu, die vorzunehmen er gar nicht in der Lage ist. Mit diesem Argumente begründet er bekanntlich seine Forderung der Straffreiheit der Eingriffe während der ersten 3 Monate.

[2]) Nach diesen Grundsätzen würden richtigerweise auch die Eingriffe zum Zwecke der Beseitigung der Zeugungs- und Gebärfähigkeit zu beurteilen sein und es wäre daher ein Absatz 3 einzuschalten, der ähnlich lautet wie § 1 des Entw. 1918. Betrachtet man nämlich vom rechtspolitischem Standpunkte aus die Bestimmungen über Abtreibung, so haben sie anerkanntermaßen nur den bevölkerungspolitischen Zweck, wenn nicht der Volksvermehrung, so doch der Volkserhaltung zu dienen. Außerdem sollen sie aber auch die sittlichen Anschauungen über die Pflichten des Bürgers in der Ehe „als der Grundlage des Staates" (R.V. Art. 119) zu bestärken. Diese Zwecke der Bestimmungen über Abtreibung werden aber durch die Einreihung der Sterilisierung unter § 263 großenteils wieder aufgehoben, wenn nicht gänzlich illusorisch gemacht.

vorgenommenen Handlung". Die Worte „nach den Regeln der ärztlichen Kunst", auf die sich der Verfasser scheinbar stützt, geben dafür, daß die Handlung zur Beseitigung einer bereits bestehenden Erkrankung erforderlich sein müsse, keinen Anhaltspunkt. Diese Worte sollen richtiger Ansicht nach nur die technisch einwandfreie Durchführung der Unterbrechungshandlung als Forderung aufstellen. Weiterhin ist nicht nach § 254 die ärztliche Handlung zu beurteilen, die nach Beendigung der Geburt vorgenommen wird. Aus Absatz 2 ist für diese Frage, wann die Frucht in Bezug auf Abtreibungshandlungen als Mensch zu betrachten ist, dahin entschieden, daß sie aus dem Mutterleibe ausgestossen sein muß. Dabei kann die Frage offen bleiben, ob das Kind auch von der Mutter getrennt sein muß. Die weitere Behandlung des Kindes nach diesem Zeitpunkte ist dann wieder nach § 263 zu beurteilen.

Das Verhältnis des § 254 zu anderen Bestimmungen des Entwurfes ist nach der Seite hin noch zu erörtern, ob auch die Regelung des Notstandes § 25 durch § 253 ausgeschlossen ist. Die materielle Interessenlage ist die, daß das Recht der Mutter an der Erhaltung ihres Lebens und ihrer Gesundheit mit dem Rechte der Frucht auf Leben und Gesundheit kollidiert. Eine solche Güterkollision, die durch Naturkräfte hervorgerufen ist, stellt das Wesen des Notstandes dar. Es könnte folglich § 254 einen Spezialfall des § 25 darstellen, so daß nach dem Satze: „lex specialis derogat generali" sich ein nicht approbierter Arzt oder eine sonstige Person auf das Vorliegen eines Notstandes berufen kann. Für die Anwendung dieses Satzes wäre nötig, daß „mehrere Normen in der Weise zusammentreffen, daß die eine begrifflich die andere mit umfaßt, diese letztere sich nur als besonderer Fall von ihr darstellt." (Lobe S. 26. Allf. S. 260). Der § 25 stellt für den Notstand aber andere Voraussetzungen auf als § 254 für seine Fälle. Der Unterschied besteht darin, daß 1. eine gegenwärtige Gefahr bei § 25 erforderlich ist, nicht aber bei § 254 (Vgl. oben), 2. daß § 25 eine Vorschrift genereller Natur, eine abstrakte Regel ist, d. h. „er knüpft eine Rechtsfolge an nur nach Gattungsmerkmalen nicht individuell bestimmten Voraussetzungen an" (Ennecerus 1. Teil 1. Abt. § 43 S. 92). § 254 dagegen ist eine Vorschrift, die sich auf eine Mehrzahl individuell bestimmter Personen und Rechtsverhältnisse bezieht, also eine Individualvorschrift oder Privileg, bei dem man hier diesen Ausdruck nur auf eine Begünstigung gewährende Vorschrift anwenden kann.[1])

[1]) Die Schaffung eines solchen Sonderrechtes ist nach herrschender Ansicht durch R.V. Art. 109 I nicht verboten. Vgl. Anschütz S. 305. Ueber den Inhalt der Gesetze schreibt der Satz nichts vor, verbietet also auch nicht die Einführung oder Aufrechterhaltung von Sonderrechten und Privilegien. A. A. Triepel, Naviasky usw.

Kein Unterschied besteht hinsichtlich des Verschuldens des Zustandes, denn dieses Moment ist im Gegensatz zum geltenden Rechte wörtlich fallen gelassen, jedoch soll es nach der Begründung für die Zumutbarkeit ausschlaggebend sein. Es dürfte also klargestellt sein, daß das Verschulden einer Gefahr nicht genügt und die zum geltenden Recht gemachten Ausführungen anerkannt sind. (Vgl. Allf. S. 134, Köhler S. 377, Frank S. 159 und oben).

Es handelt sich also bei allen Fällen des § 254 zwar um „einen dem Notstande verwandten Fall". Der Zweck des § 254 geht aber dahin, die Notstandsregelung teilweise auszuschließen. Infolgedessen ist die rechtliche Bedeutung des § 254 dahin zu fassen, daß er zwar für bestimmte Fälle und für einen individuell bestimmten Personenkreis die Rechtsverhältnisse regeln will, daß aber nicht generell alle auf diesem Gebiete vorkommenden Fälle nach ihm zu beurteilen sein sollen. Deshalb hat die Vorschrift des allgemeinen Teiles § 25 insoweit vorzugehen, als sie von diesem § 254 etwas Abweichendes festsetzen und als rechtmäßig anerkennen will.[1] [2])

Ist also § 25 für die Rechtfertigung ärztlichen Eingreifens in Betracht zu ziehen, z. B. wenn ein nur im Auslande approbierter Arzt in Deutschland solche Eingriffe vornimmt — für Kurpfuscher werden die Regeln der ärztlichen Kunst eine Handhabe zum Einschreiten geben — so ist darauf einzugehen, unter welchen Umständen der Schwangeren das Erdulden der genannten Gefahr nicht zuzumuten ist. Auch beim Notstande kann dem Prinzipe nach neben der medizinischen sowohl die soziale, wie eugenische, wie ethische Indikation eine gegenwärtige nicht anders abwendbare Gefahr bedeuten. Es wird dabei in den letzten drei Fällen in der Hauptsache auf die Art des Depressionszustandes ankommen. Wann nun der Schaden der Schwangeren zuzumuten ist, hat gemäß der Begründung (S. 23) nach der Auffassung aller billig- und gerechtdenkenden mit besonderer Berücksichtigung der sittlichen Anschauungen zu erfolgen. Auch hier wird von besonderer Bedeutung die Erteilung oder Nichterteilung der Einwilligung in den Eingriff von seiten der Schwangeren sein.[3]) Wie weit aber hier die Verweigerung der Schwangeren in die Eingriffe des Arztes nach den sittlichen Anschauungen

[1]) Gleicher Ansicht ist zu der ähnlichen Rechtslage des Entw. 19 § 288 Ebermayer in Krim. Psych. Monatsschrift 1926/420. Für den Entw. 27 ebenso der Herausgeber der Denkschrift des Caritasverbandes S. 27.

[2]) Ein ganz ähnliches Rechtsverhältnis besteht zwischen den §§ 119 ff BGB. und 459 ff. BGB. Es wurde die gleiche Stellung eingenommen wie sie die E.R.G.Z. 61/171 ff. und Staudinger § 459 Vorbemerkungen 5 einnimmt.

[3]) Aus unbekannten Gründen zieht dieses Moment Ebermayer a.a.O. nicht heran.

die Bedeutung hat, daß dem Arzte zugemutet werden kann, den durch die Austragung der Frucht entstehenden Schaden zu dulden oder nicht zu dulden, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Dabei wird der sich gegen das Leben oder Gesundheit der Mutter richtende Schaden gegenüber dem aus der Abtreibung zu erwartenden als unverhältnismässig groß anzusehen sein.

Die Bedeutung der Anwendung des § 25 zur Rechtfertigung des ärztlichen Handelns bei Unterbrechung der Schwangerschaft liegt darin, daß er von § 254 verschiedene rechtliche Folgen festlegt. Durch § 25 wird das Handeln jeder Person gerechtfertigt, also z. B. Eingriffe, die ein Kurpfuscher oder ein nur im Auslande approbierter Arzt oder sonst jemand vorgenommen hat. Weiterhin ist dieses Handeln nicht allein gerechtfertigt in Beziehung auf die Vorschriften über den körperlichen Schutz, sondern auch in Beziehung auf die Verbrechen und Vergehen gegen die persönliche Freiheit. (Vgl. Heimberger Reform S. 81, Ebermayer a. a. O. zu der gleichen Rechtslage Entw. 19 § 288, Begründuug Entw. 19 S. 231). Im Gegensatz zu § 254 mit § 281 kann im Falle eines Notstandes der Arzt auch dann eingreifen, wenn die Schwangere aus irgendwelchen Gründen, z. B. religiösen, ihre Einwilligung verweigert.

Verschieden sind auch die rechtlichen Folgen hinsichtlich der Wertung der Handlung. Es kann nämlich der Eingriff rechtmässig oder nur entschuldbar sein. Für die Rechtmässigkeit kommt es auf die unverhältnismässige Größe des drohenden Schadens gegenüber dem zu erwartenden an. Stellt sich aber heraus, daß der drohende Schaden gegenüber dem zu erwartenden nicht unverhältnismässig groß war, so liegt zwar eine rechtswidrige Abtreibung vor, aber der Täter bleibt straffrei. In einem solchen Falle kann die Ueberschreitung der Grenzen des Notstandes auch aus Bestürzung, Furcht oder Schrechen entschuldbar sein. Während es sich in dem ersten Falle um einen Unrechtsausschließungsgrund handelt, bilden die beiden letzten nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund. Die Schwangere, die die Abtreibung oder Tötung zuläßt, ist also dann nicht strafbar, wenn die Handlung des Arztes nicht rechtswidrig ist. Ist dagegen die Handlung des Arztes nur entschuldbar, so beurteilt sich die Strafbarkeit des Anstifters oder des Gehilfen, als welche die Schwangere in Betracht kommt, unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt. (§ 31). Bei Heranziehen eines Assistenten durch den ausführenden Arzt, z. B. einem nur im Ausland approbierten, kann sich die Rechtslage ergeben, daß der ausführende Arzt auf Grund einer entschuldbaren Notstandshandlung straffrei ist, während es der Assistent

nicht ist. Dieser müßte also wegen Abtreibung und eigenmächtiger Heilbehandlung, wenn die Schwangere ihre Einwilligung nicht erteilt hat, bestraft werden, weil seine Handlungen, wenn er ein approbierter Arzt ist, nach § 254 mit 281 zu beurteilen sind.

---

3. Abschnitt:

Schutz der persönlichen Freiheit der zu behandelnden Person.

§ 16. Anwendungsgebiet des § 281.

Die Rechtssprechung zum geltenden Rechte, daß die Einwilligung der zu behandelnden Person über die Rechtswidrigkeit der ärztlichen Handlung entscheide, hatte ihren rechtspolitischen Grund darin, ein Drauflosoperieren pflichteifriger, vielleicht noch junger Aerzte, besonders in Krankenhäusern zu verhindern. Das führte zu dem bekannten Widerspruch. Daher betonte der Entw. 19, daß es für die Würdigung der ärztlichen Handlung als Körperverletzung nicht auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen der sog. Einwilligung ankomme und es wurde von ihm zum Schutze der persönlichen Willensfreiheit eine besondere Vorschrift § 313 aufgestellt. Der Entw. 25, § 238 (Begründung S. 238) folgte dagegen dem von Allf. bereits zum geltenden Rechte vertretenen Standpunkte, daß die Einwilligung eine soziale Bedingung dafür sei, daß die Handlung der Uebung eines gewissenhaften Arztes entspreche. Die Begründung des Entw. 27, S. 142, betont nun ausdrücklich, daß in den Fällen, in denen der Eingriff ohne oder gegen die Einwillung des Patienten erfolge, eine Bestrafung wegen Körperverletzung ausgeschlossen sei, in denen in sonstiger Beziehung die Handlung den Voraussetzungen des 254 bezw. 263 entspricht.

Das Anwendungsgebiet des § 281 beschränkt sich auf die Fälle, in denen jemand zu Heilzwecken tätig wird, also eine eigentliche oder uneigentliche Heilbehandlung vornimmt. Diese Heilbehandlung kann sich nun darstellen als Behandlung, die nach § 263 bezw. 254 nicht strafbar ist. Die Behandlung kann aber auch den Tatbestand der Körperverletzung, Tötung oder Abtreibung erfüllen, dann entsteht die Frage, ob das eine Heilbehandlung zu Heilzwecken ist und als solche außer den erwähnten sonstigen Strafdrohungen auch der Strafdrohung des § 281 unterliegt, wenn sie eigenmächtig vorgenommen wurde. Der rechtliche Grund für die Bejahung der Frage liegt darin, daß diese Handlungen sich von den Handlungen einer sonstigen

Körperverletzung durch den verfolgten Zweck unterscheiden. Bei einer Körperverletzung zielt der Zweck auf Beschädigung des Körpers des anderen; bei den fraglichen Eingriffen, die nicht den Erfordernissen des § 263 bezw. 254 genügen, auf Heilung. Zunächst erscheint das Ergebnis hart. Aber gerade diese Härte ist rechtspolitisch voll und ganz zu billigen, denn bei einer Körperverletzung vertraute der Verletzte seinen Körper dem Verletzer nicht an, während der Patient bzw. die Schwangere sich dem Behandelnden anvertraut hatte. Wenn der Behandelnde nun das Vertrauen des zu Behandelnden mißachtet, und eigenmächtig Eingriffe und Behandlungen vornimmt, so ist es nur gerecht, wenn er deshalb strenger bestraft werden kann. Sollte aber der Sachverhalt so eigenartig gelagert sein, daß der Täter überhaupt nicht strafwürdig erscheint, so kann in diesen sehr denkbaren Fällen der Richter trotz Vorliegen einer tatbestandsmässigen rechtswidrigen und schuldhaften Handlung von Strafe absehen. (Vgl. den Fall des Fingerabschneidens zwecks Erzielung einer Rente).

Für alle Handlungeu zu Heilzwecken bestimmt also § 281, daß diese ohne Rücksicht auf ihre Kennzeichnung als Körperverletzung, als Vergehen gegen die persönliche Freiheit dann zu bestrafen sind, wenn sie gegen den Willen der zu behandelnden Person vorgenommen werden.

Zu der Fassung des § 281 „gegen den Willen“ des anderen führt die Begründung S. 139 im allgemeinen folgendes aus: „Wo ein Handeln „ohne Einwilligung“ verlangt ist, oder die Straflosigkeit von der Einwilligung des Verletzten abhängig gemacht wird, ist der äußere Tatbestand der strafbaren Handlung gegeben, wenn nicht der Betroffene der Tat vorher irgendwie erkennbar zugestimmt hat; das nach außen nicht hervorgetretene innere Einverständnis genügt nicht .... Bedroht dagegen das Gesetz einen Tatbestand, wenn „gegen den Willen“ des Verletzten gehandelt ist, so geht der Strafschutz weniger weit. Hier muß festgestellt werden, daß der Verletzte die Tat nicht wollte und daß der Täter diesen seiner Tat entgegenstehenden Willen kannte oder doch mit ihm rechnete. „Hieraus ergibt sich eine Regelung, die im Prinzipe der Rechtsprechung zum geltenden Rechte entgegengesetzt läuft.“

Diese Vorschriften lassen aber eine Lücke für die Frage offen, wie eine ärztliche Handlung zu beurteilen ist, die ohne Einwilligung des Kranken außer den sog. Notfällen des § 281 Abs. 3 vorgenommen wurde. Im Entw. 25 war klargestellt, daß diese Handlungen Körperverletzungen sind ebenso wie im geltenden Rechte. Auch nach der Fassung des Entw. 27 § 263

bzw. 254 mit § 281 kann man diese Ansicht wieder vertreten. Es würde sich dann die Rechtslage ergeben, daß eine ärztliche Handlung, gleichgültig, ob sie die Voraussetzungen des § 263 bezw. 254 hinsichtlich kunstgerechter und sittlicher Ausführung erfüllt, dann als Körperverletzung bezw. Abtreibung zu betrachten ist, wenn sie ohne Einwilligung der behandelnden Person vorgenommen wurde. Wurde sie dagegen gegen den Willen der kranken Person vorgenommen, so wäre der Täter wegen eigenmächtiger Heilbehandlung strafbar, wenn seine Handlung den Vorschriften des § 263 oder 254 in technischer und sonstiger Beziehung entspricht. Entspräche sie nicht diesen Voraussetzungen und wäre sie gegen den Willen der zu behandelnden Person vorgenommen, so wäre er sowohl wegen eigenmächtiger Heilbehandlung als auch wegen Körperverletzung bezw. Abtreibung strafbar. Eine derartige Ansicht würde in § 281 Abs. 3 eine Stütze finden, der von den Fällen spricht, in denen der Arzt ohne Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des zu Behandelnden die Einwilligung nicht rechtzeitig einholen kann, also ohne Einwilligung handelt. Dieser Absatz stellt also als Prinzip auf, daß der Arzt nicht ohne Einwilligung handelt und steht somit scheinbar im Widerspruch mit Abs. 1, wie mit Recht Klee a. a. O. S. 7 betont. Eine solche Rechtslage soll gerade durch § 281 vermieden werden.[1]) Um aber diesen Zwecken gerecht zu werden, kann die Bedeutung der Worte „gegen den Willen der zu behandelnden Person" in § 281 entweder den Sinn haben, daß sie abweichend von der allgemeinen Begründung gleichbedeutend sind einem Handeln „ohne Einwilligung der zu behandelnden Person oder es sind im Anschluss an Klee a. a. O. S. 7 diese Fälle unter Absatz 3 unterzuordnen. Denn es heißt dort: Es muß der Arzt oder der Behandelnde „nach den Umständen" außer Stande sein, die Einwilligung des Patienten, einzuholen, ohne sein Leben oder seine Gesundheit zu gefährden. Außer den offensichtlich hierher zu zählenden Fällen der natürlichen oder künstlichen Bewußtlosigkeit ist aber der Arzt auch dann nach den Umständen außer Stande, eine Willenserklärung einzuholen, wenn der zu Behandelnde keine Willenserklärung abgibt, oder sich die Präsumtion einer Einwilligung nachträglich als unbegründet erweist. Der letzteren Ansicht Klee's, der alle diese Fälle unter Absatz 3 unterordnet. ist deshalb beizutreten, weil diese Anschauung auch dann, wenn es sich um eine kosmetische Operation handelt, in

[1]) Die Vorschrift des § 281 bekämpft Klee a.a.O. S. 6 von der Seite, daß eine Behandlung gegen den Willen des Patienten „im übrigen häufig in die ohnehin strafbare Nötigung übergehen werde", besonders unter der Voraussetzung, daß auch eine erschlichene Narkose als Freiheitsberaubung bestraft wird.

den Fällen, in denen sich nachträglich die Annahme der Einwilligung als unbegründet erweist, zu dem zu billigenden Ergebnisse führt, daß der Arzt zwar durch Abs. 3 nicht gedeckt wird, weil die Einholung der rechtsgültigen Zustimmung nicht mit Gesundheits- oder Lebensgefahr für den zu Behandelnden verbunden war, aber mangels Tatbestandsmässigkeit der Handlung straffrei bleibt.[1])

---

§ 17. Die Inhaltserfordernisse der Willenserklärung nach § 281.

Die Forderungen, die man an dem Inhalt einer Willensbetätigung nach § 281 stellt, hängen wie im geltenden Rechte, davon ab, welchen rechtlichen Charakter man dieser Willensbetätigung zulegt. Nach der Begründung (S. 138/9) handelt es sich um „eine mit besonderen inneren Tatsachen verknüpfte Handlung", die nach außen hervortreten muß. Eine derartige Ansicht wurde bereits hinsichtlich der Einwilligung im geltenden Rechte vertreten. (Vgl. ob. und Manigk a. a. O. S. 652).

Aus diesem allgemeinen Gesichtspunkte ergeben sich die einzelnen Folgerungen. Darnach muß

1. nach außen erkennbar hervortreten, daß der zu Behandelnde mit der Behandlung nicht einverstanden ist. Diese Folge kann sich ergeben aus einer ausdrücklichen diesbezüglichen Erklärung, oder einem konkludenten Handeln. (Vgl. Allf. S. 141 N. 36).[2]) Eine Ausnahme hiervon bilden die Fälle des § 281 Abs. 3, nämlich: Wann der Behandelnde oder der Arzt nach den Umständen außerstande war, die Einwilligung der zu behandelnden Person rechtzeitig einzuholen ohne ihr Leben oder ihre Gesundheit ernstlich zu gefährden, bedarf es keiner Einholung der Willensäußerung. Dies ist ohne weiteres dann gegeben, wenn der Patient zur Abgabe einer Willensäußerung infolge natürlicher oder künstlicher Bewußtlosigkeit außerstande war. Jedoch darf auch hier der Täter den seiner Tat entgegenstehenden Willen nicht bereits kennen oder z. B. auf Grund früherer Aeußerungen mit einem solchen Willen rechnen dürfen. Darüber, wann der Arzt nach den Umständen außerstande war, die Einwilligung des Patienten oder der Schwangeren rechtzeitig ein-

[1]) Durch § 281 Abs. 3 wird nicht der Gedanke einer „Geschäftsführung ohne Auftrag" wieder aufgenommen, weil eine Rechtfertigung durch Geschäftsführung mit oder ohne Auftrag nur dadurch gestützt werden kann, daß der Eingriff durch die Einwilligung des zu Behandelnden gerechtfertigt wird.

[2]) Daraus ergibt sich wieder, daß § 281 von dem Grundsatze ausgeht, daß ein gewissenhafter Arzt die Zustimmung des Patienten einholen soll.

zuholen, ohne ihr Leben oder ihre Gesundheit ernstlich zu gefährden, kann eine generelle Regelung nicht getroffen werden. Zu bemerken ist aber, daß auch diejenigen Fälle hierher zu zählen sind, in denen sich nachträglich die erteilte Einwilligung als unbegründet herausstellt.

2. Ist daran festzuhalten, daß der Wille, um wirksam sein zu können, den nötigen Grad von Bestimmtheit haben muß. Dieses Moment wird auch in den Fällen des Abs. 3 eine Rolle spielen, wenn der Patient zwar zu der Zeit, in welcher er eine Willensäußerung noch abgeben konnte, sich dem Eingriff widersetzte, aber nach den besonderen Umständen des Falles nicht den nötigen Grad der Bestimmtheit hatte. Es ist z. B. an den Fall zu denken, daß der Arzt bei Vornahme einer Operation auf Grund der Diagnose nur eine leichte Operation vornehmen will, während sich bei einer nochmaligen Diagnose während der bereits vollzogenen Narkose des Patienten eine schwere Operation als notwendig erweist; oder der Fall, daß während einer Operation der Operierende eine weitere Krankheit bemerkt und diese entsprechend der Uebung der Mediziner sofort mitoperiert. Der nötige Grad der Bestimmtheit wird auch dann fehlen, wenn eine Aeußerung des Patienten nicht ernstlich gemeint ist oder nur zum Schein abgegeben ist. Bei Abgabe der Willenserklärung unter einer Bedingung oder Befristung dürfte der nötige Grad der Bestimmtheit fehlen, wenn diese das rechtzeitige und einwandfreie Eingreifen des Mediziners verhindern sollen.

3. Auch nach dem Entwurfe kann der Patient seine Erklärung für den ganzen Umfang der Behandlung oder nur für einen einzelnen Teil, ja nur für bezw. gegen die Anwendung des einzelnen Mittels oder Eingriffes abgeben. Es gilt also der in RGEStr. Bd. 25 S. 375 ausgeführte Standpunkt, daß der Arzt auch das Mittel anwenden muß, das der Patient verlangt, selbst wenn dieses im Widerspruch zu der medizinischen Wissenschaft und den Regeln der ärztlichen Kunst steht. (Die Rechtmäßigkeit der Handlung in Bezug auf Körperverletzung stützt sich dann nicht auf § 263, sondern auf § 264). Wenn sich der zu Behandelnde zur Anwendung eines Mittels überhaupt nicht äußert, so handelt der Arzt nicht gegen seinen Willen und bleibt daher straflos. Für die Rechtmäßigkeit der Nebenverrichtungen ist an der zum geltenden Recht zitierten Entscheidung RGSt. 61/393 festzuhalten: „Im Zweifel wird die Willensäußerung des zu Behandelnden sich auf alle Maßnahmen erstrecken, die nach der ärztlichen Erfahrung erforderlich sind, um den durch die ärztliche Handlung bezweckten Erfolg herbeizuführen. Es sollen hier unter den ‚nach ärztlicher Erfahrung erforderlichen' Maßnahmen solche verstanden werden, die vom Standpunkte der

ärztlichen Berufskunde aus als fachtechnische Mittel nicht bloß an sich erprobt und anerkannt sind, sondern deren Notwendigkeit für die Durchführung der ärztlichen Handlung sich herausgestellt hat.“ Bei der Beurteilung, ob die einzelne Handlung noch eine solche fachmännische Maßnahme darstellt, wird der Kern der Frage darin zu finden sein, ob die einzelne Handlung dem äußeren Anscheine nach nicht in hohem Grade den Charakter einer rohen Mißhandlung trägt und die vom Arzt erwartete Rücksicht auf die seelische Stimmung des Kranken, sowie auf dessen persönliches Gefühl vermissen lassen. Im Falle einer Stellvertretung kann die rechtlich aus der Sorge für die Person des Kindes liegende Befugnis auf Dritte übertragen werden und der Umfang der erteilten Befugnis zur Heilbehandlung auch die Befugnis zur Vornahme der Nebenhandlungen mitumfassen.“ Es liegt aber auf der Hand, daß der Gewalthaber einen Dritten zur körperlichen Verletzung seines Pflegebefohlenen nur insoweit rechtswirksam beauftragen kann, als er selbst zu solcher Mißhandlung berechtigt sein würde. (R.G. 61 393).“

4. Als vierter allgemeiner Gesichtspunkt ist die Person dessen in Betracht zu ziehen, dessen Willensäußerung maßgebend ist. Der Entwurf enthält hierüber keine besondere Vorschrift. Es gilt also das zum geltenden Rechte Angeführte. Darnach ist im Prinzipe maßgebend die Willensäußerung des Patienten selbst. Hat dieser aber nicht die geistige, sittliche und körperliche Reife, um die Tragweite dieses Handelns ermessen zu können, so ist maßgebend der Wille des zur Sorge um die Person des Patienten Berufenen. Wie bei der Einwilligung zum Eingriff des Arztes, so ist auch im Falle des Widerspruches nach § 281 grundsätzlich eine Stellvertretung zulässig. Sie können nach dem Sprachgebrauche des Entwurfes kurz dahin formuliert werden: Bei einem Kinde ist stets maßgebend der Wille des mit der Sorge um die Person des Kindes Betrauten. Bei einem Jugendlichen kommt es auf die geistige, sittliche und körperliche Reife an. [1]) Vom Standpunkt des Entwurfes ist als Argument dafür, daß es auf die geistige, sittliche und körperliche Reife des Erklärenden ankommt, noch anzuführen, daß § 281 unter die Delikte gegen die persönliche Freiheit und Sicherheit eingereiht ist; es müssen sich also die Handlungen gegen den persönlichen Willen des Betroffenen richten. Der Wille des Vertreters kommt erst in 2. Linie in Betracht, nämlich dann, wenn nach der Auffassung des täglichen Lebens

[1]) Hinsichtlich der zivilrechtl. Rechtsfolgen ist bis zur Volljährigkeit der Wille des Stellvertreters maßgebend. Dieser Gesichtspunkt darf aber für die strafrechtliche Beurteilung der Willenserklärung nicht herangezogen werden, wie es manchmal wenigstens zwischen den Zeilen geschieht.

der Wille der verletzten Person keine Bedeutung hat. Darnach ist also für die rechtliche Bedeutung der Willenserklärung eine Entmündigung wegen Verschwendung oder Trunksucht oder eine Vormundschaft wegen Gefährdung des Vermögens rechtlich bedeutungslos.

Aber ebensowenig ist von Bedeutung eine Entmündigung wegen Geisteskrankheit, weil diese Krankheit nicht derart sein muß, daß der Entmündigte nicht die geistige, sittliche und körperliche Reife für die Abgabe der entsprechenden Willenserklärung hat. Doch wird diese ebenso wie die Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft wegen Gefährdung der Person, für den Arzt und für den Richter ein wichtiges Indiz dafür bilden, ob der Patient die der Auffassung des täglichen Lebens entsprechende Reife hat, um die Bedeutung und Tragweite seiner Aeußerung zu der Behandlung des Arztes zu beurteilen. Die hier vertretene Anschauung, daß es auf die nötige Reife auch bei den Menschen über 18 Jahren ankommt, gibt eine brauchbare Lösung für die Fälle, in denen jemand in Zuständen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder Geistesschwäche seinen Willen äußert und diese Zustände nur kurze Zeit dauern. (Hypnose). Nach dem Entwurfe kann man derartige Fälle auch als Grenzfälle des § 281 III betrachten, weil der Arzt nach den Umständen außerstande ist, die Willensäußerung des Patienten einzuholen. Zu bemerken ist dabei aber, daß der Arzt mit der Behandlung solange warten muß, bis der normale Geisteszustand wieder eingetreten ist, außer es würde dieses Warten eine Lebens- oder ernste Gesundheitsgefahr des Patienten bedeuten.

Es können sich also folgende Fälle ergeben: Der Wille des Patienten ist nach den Voraussetzungen in seiner Person rechtlich beachtlich und steht im Widerspruch mit der ärztlichen Handlung, dann handelt der Arzt eigenmächtig. (§ 281 Abs. 1 und 2). Ist die Willensäußerung in dieser Hinsicht nicht beachtlich und steht sie im Widerspruch mit der ärztlichen Handlung so ist maßgebend der Wille des Vertreters. Kann der Behandelnde die Willensäußerung ohne Lebens- oder ernste Gesundheitsgefährdung nicht einholen, so ist sein Handeln nach Abs. 3 zu beurteilen. Zwischen diesen beiden Extremen liegen die Fälle, in denen keine Willensäußerung des Patienten vorliegt, oder sich die Präsumtion einer Einwilligung nachträglich als unbegründet erweist (Klee a.a.O. S. 7), sodaß die Behandlung des Arztes ohne Willenserklärung des Patienten vorgenommen wird. Im Anschlusse an die Ausführungen in § 16 am Schlusse ist in diesen Fällen der Arzt straffrei aus Mangel an Tatbestandsmäßigkeit seiner Handlung. Bemerkenswert ist dabei, daß es nicht entsprechend den Vorschlägen der Aerztekammern

darauf ankommt, ob der Arzt die Einwilligung nicht erhalten kann oder sogar im Widerspruch dazu den Eingriff vorgenommen hat, um dem Patienten am Leben zu erhalten oder erhebliche Gesundheitsschäden zu verhüten, sondern daß für die Anwendung des Abs. 3 entscheidend ist, ob die Einholung der Einwilligung ihrerseits mit Lebens- oder ernster Gesundheitsgefahr verbunden war.

5. Hinsichtlich des Inhaltes der Willensäußerung kommt weiter in Betracht, daß sie nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen darf. Als gesetzliche Verbote kommen hier die Vorschriften des positiven Rechtes in Betracht, also auch das Gewohnheitsrecht. Nicht aber sind hierunter zu zählen Gesetze, die eine religiöse Gesellschaft oder Sekte aufgestellt hat, wie z. B. päpstliche Entscheidungen über Unzulässigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung u. a. m. Von den Bestimmungen des positiven Rechtes sind besonders die Seuchengesetze und unter ihnen das Impfgesetz und das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten zu erwähnen. Klee a.a.O. führt dazu aus: Nach dem Impfgesetz §§ 1,12 ff. besteht eine Pflicht, daß die Kinder geimpft werden. Es ist daher ein entgegenstehender und geäußerter Wille des zur Sorge um die Person des Kindes Berufenen ohne rechtliche Bedeutung. Eine interessante Kontroverse bildet das GBG insofern, als zwar, wie bei den Seuchengesetzen üblich, der Kranke einer Zwangsbehandlung unterworfen werden kann (§ 4 II), aber der Arzt gemäß der VO der Reichsregierung vom 11. 9. 27 Salvasan, Quecksilber, Wismut usw. und Eingriffe, die mit ernster Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden sind, nur mit Zustimmung des Kranken vornehmen darf. Im Anschluß an die oben gezeigte Kontraverse führt mit Recht Klee (AO S. 10) zu § 281 aus: „Wie aber, wenn im Rahmen der Zwangsbehandlung eines Geschlechtskranken das gefährliche Mittel zwar nicht gegen den Willen, aber doch ohne vorherige ausdrückliche Zustimmung des Kranken angewandt wird? Dann bliebe nach dem Entwurfe nichts anderes übrig, als die Heilbehandlung entweder als Körperverletzung zu bestrafen, oder sie gänzlich straflos zu machen.“ Ob man das eine oder das andere tut, hängt davon ab, ob man die Frage verneint, ob die Einholung der Einwilligung ihrerseits mit Lebens- oder ernster Gesundheitsgefahr für den zu Behandelnden verbunden war. Ist diese Frage zu verneinen, so wird man auch die Frage, ob die VO v. 11. 9. 27 eine das allgemeine Prinzip durchbrechende Ausnahme geschaffen werden soll, zu bejahen haben. Es ist dann gleichgültig, ob sich der Patient freiwillig zur Behandlung gestellt hat oder nicht. Für die Eingriffe, die in der VO v. 11. 9. 27 genannt sind, bleibt es bei dem nach dem geltenden Rechte herrschenden Zustande,

daß sie nach § 281 strafbar sind, weil bei der Geschlechtskrankheit grundsätzlich keine Lebens- oder ernste Gesundheitsgefahr vorhanden ist und weil hier durch eine Spezialbestimmung vorgeschrieben ist, daß diese Eingriffe nur mit Einwilligung des Patienten vorgenommen werden dürfen, also jede gegenteilige Handlung gegen die zum Schutze des Willens des Patienten aufgestellten Vorschriften verstößt. Der Wille des Patienten soll aber nicht durch § 263 — auch nicht durch das Erfordernis der Gewissenhaftigkeit des Arztes — geschützt werden, sondern allein durch § 281. Für die außerhalb der VO vom 11. 9. 27 stehenden Fälle ist die Verfügungsfreiheit des Geschlechtskranken über seinen Körper durch § 2 beschränkt. Darnach besteht die Pflicht, sich ärztlich behandeln zu lassen. Hellwig vertritt hierzu die Ansicht (GBG Komm. S. 131), daß man von jemand, der sich behandeln lasse, aber Eingriffe, die der behandelnde Arzt zur Beseitigung der Ansteckungsgefahr für erforderlich hält, an sich nicht vornehmen lasse, nicht sagen könne, er entziehe sich der Behandlung. Eine Ausnahme liege nur dann vor, wenn der Patient so gut wie zu gar keiner Maßnahme seine Einwilligung abgebe. Unter Ablehnung dieses Standpunktes ist sich der Meinung Klees anzuschließen, der hierzu sagt: „Es scheint mir nur ein Spiel mit Worten zu sein. Man wird vielmehr dabei bleiben müssen, daß die Behandlungspflicht des § 2 — die entgegen dem Impfgesetz nicht unter Strafschutz gestellt ist — eine Rechtspflicht ist, deren Nichterfüllung öffentlich rechtliche Folgen in der Form des Behandlungszwanges hat, und daß sie eine leere Formel wäre, wollte man in ihr nicht gleichzeitig die Pflicht auch die erforderliche Behandlung an sich vornehmen zu lassen, enthalten sein lassen.“ Ebenso wie Klee sich dem Prinzipe nach auf den Grundsatz der Güterabwägung stellt, erklärt Beling (Zeitschr. f. Str. W. 44 S. 220 III c), daß für das gesamte Gebiet der Seuchenpolizei die Zulässigkeit des Eingriffes von dem Prinzipe der Güterabwägung abhängig ist.

Auch das Gewohnheitsrecht kann eine rechtlich bedeutungsvolle Funktion haben, die die Willensbetätigung des Patienten unbeachtlich macht. Es würde z. B. die dem bewußtlosen Selbstmörder dargebrachte Hilfe — z. B. Vergiftungs- oder Ertränkungsversuche, oder es hat sich jemand angeschossen und der Arzt schreitet zu einer lebensrettenden Operation — kaum unter die Sonderbestimmung des § 281 III fallen (Klee a.a.O.) Denn in solchen Fällen hat sich der der Hilfe entgegenstehende Wille in dem Selbstmordversuche bereits kundgetan. Fraglich ist es, ob man hier mit dem Gedanken des § 679 BGB — Erfüllung einer Pflicht, die im öffentlichen Interesse liegt — helfen könnte. „Ich möchte die Frage verneinen; denn es hat kein

Mensch die Rechtspflicht zu leben. Lediglich gewohnheitsrechtlich scheint mir die Bestrafung desjenigen, der einen Selbstmordkanditaten an der Ausführung seiner Absicht gewaltsam hindert, oder der ihn wieder belebt, ausgeschlossen zu sein." (Klee). Aehnlich verteidigt Heimberger (Reform S. 90) eine derartige Handlung, indem er sich stützt auf den Grundsatz des Handelns im wahren Wohle und Interesse des Anderen. Beling kommt bereits für das geltende Recht zu folgendem Grundsatze (Z.Str.W. 44 220 ff. III e): „Nicht rechtswidrig ist, die das Leben rettende Operation, wenn ohne sie der Tod unausbleiblich gewesen wäre, und zwar selbst bei bestimmten ausdrücklichen Widerspruch des Operierten. Dies ergibt sich daraus, daß nach geltendem Rechte der Wille des Menschen sterben zu wollen, unmaßgeblich ist." [1])

Außer aus diesem Grunde kann die Willenserklärung des Patienten oder der Schwangeren noch unwirksam sein, weil der Widerspruch gegen die ärztlichen Handlungen eine Pflichtenkollision in der Person des Behandelnden herbeiführt. Hier ist vor allem der Amtsarzt zu erwähnen. Beling a.a.O. sagt dazu: „Für den beamteten Arzt entfällt die Rechtswidrigkeit seines Vorgehens, soweit er sich innerhalb der maßgebenden verwaltungs- (Polizei mit Einschluß Verwaltungspolizei) rechtlichen Bestimmungen hält. Zu beachten ist aber, daß die Anstellung als medizinischer Forscher oder Lehrer oder als Krankenhaus- oder Klinikarzt keinen Rechtstitel zu autoritativer Verarztung des Publikums gibt. Doch ist ohne Rücksicht auf Einwilligung oder Widerspruch ein operativer Eingriff dann statthaft, wenn er das einzige und zugleich mildere Mittel zur Lösung eines Notstandes ist, d. h. wenn sich im konkreten Falle die Lage zu solcher Interessenkollision zugespitzt hat, daß ohne den ärztlichen Eingriff an dem einen ein anderer von einem rechtlich nicht gesollten Uebel betroffen worden wäre, das dem Ergebnis der Operation gegenüber das im Sinne der Rechtsordnung größere Uebel gewesen wäre." Dies gilt auch für den Fall der Tötung der Leibesfrucht (Perforation, Embryotomie). Sie muß insoweit als erlaubt gelten, als ohne sie das Leben der Schwangeren nicht zu erhalten gewesen wäre, auch dann, wenn die Schwangere zu Gunsten der Geburt eines Kindes zu sterben bereit ist. Zwar hat grundsätzlich die Schwangere das Verfügungsrecht über ihren Körper, sodaß sie z. B. einen Kaiserschnitt statt einer Perforation wählen kann, aber aus der Formulierung des § 254 und aus den Strafdrohungen ist zu entnehmen, daß der Staat auf dem Standpunkte steht, daß das

[1]) Aehnlich R.G.Str. 50/37 (41).

Leben der Mutter gegenüber dem Leben der Frucht das höherwertigere Gut darstellt.[1])

Im Falle des § 401 kommt es darauf an, ob der zu Behandelnde entschließungsfähig ist. Ist er zu einer Entschließung noch fähig, so kann nach Aufforderung der Polizei der Arzt ihm nur seine Hilfe anbieten. Ein Recht auf Vornahme eines Eingriffes gegen den Willen des zu Behandelnden gibt es im Falle des § 401 nicht. In diesem Zusammenhange alle ähnlichen verwaltungs- und polizeirechtlichen Bestimmungen aufzuführen, würde zu weit führen.

Ferner kann die Willensäußerung der zu behandelnden Person rechtlich unbeachtlich sein, wenn entweder die Erklärung selbst oder das Gebrauchmachen von ihr im Widerspruch steht zu den guten Sitten, d. s. die Anschauungen aller billig- und gerechtdenkenden Menschen. Diese Ansicht findet nach dem Entw. ihre Grundlage in § 264. Die Erklärung selbst wird u. a. mehr gegen die guten Sitten verstoßen, wenn sie sich z. B. auf religiös fanatischen Ansichten aufbaut. Eine Ausnahme besteht aber für religiöse Momente beim Eingriffe zwecks Unterbrechung der Schwangerschaft und der Sterilisierung in dem oben gegebenen Maße. Das Gebrauchmachen von der Zustimmung oder von der Verhinderung eines Widerspruches wird gegen die guten Sitten verstoßen, wenn der Arzt einen falschen Rat erteilt hat. Auch nach den Entw. lassen sich hier bestimmte Regeln nicht aufstellen (Vgl. oben). Es wird auch nach ihm in den meisten Fällen das Bestehen einer Pflicht zur unbeschränkten Aufklärung zu verneinen und davon auszugehen sein, daß ein gewissenhafter Arzt allein beurteilen könne, wie weit der Kranke die Wahrheit vertragen kann. Das Gebrauchmachen von der Willensäußerung des Patienten kann ferner gegen die guten Sitten verstoßen, wenn der vom Patienten durch die entsprechende Abgabe einer Willensäußerung verfolgte Zweck der Handlung gegen die guten Sitten verstößt. Als Beispiel sei erwähnt der Fall des Fingerabschneidens zur Erzielung einer Rente. Umgekehrt kann das Gebrauchmachen von der Willensbetätigung des Patienten gegen die guten Sitten verstoßen, wenn der vom Arzt verfolgte Zweck gegen die guten Sitten verstößt. Wenn z. B. der Arzt den Widerspruch des Patienten zu dem Zwecke hervorruft, um dann auf Grund einer Güter- und Pflichtenkollision oder eines sog. „übergesetzlichen Notstandes“ freiere Hand zu haben, wird man das Gebrauchmachen von einer solchen Kollision als gegen die guten Sitten verstoßend zu betrachten haben. Dies dürfte gerade in

[1]) Ob hieraus eine Perforationspflicht entspringt, wie sie Radbruch, Geburtshilfe S. 20, verteidigt, siehe unten, Aerztl. Unterlassen § 19.

dem Falle eine Rolle spielen, wenn der Arzt eine Heilbehandlung übernommen hat und einen Widerspruch hervorruft, um auf Grund dieses Widerspruches eine neue Methode zu erproben, also zu experimentieren. In diesem Zusammenhange möge auch der Fall genannt werden, daß ein Arzt mit der Einwilligung des zu Behandelnden eine Operation ausführen soll und diese Ausführung ohne Zustimmung des Patienten seinem Assistenten überträgt. Dem Grundsatze der guten Sitten entspricht es, daß die Ausübung des ärztlichen Eingriffes wegen seiner höchstpersönlichen Natur einem anderen nicht ohne weiteres, also nicht ohne Zustimmung des zu Behandelnden, übertragen werden kann. Eine solche Ueberlassung der Ausführungshandlung an einen Dritten ist aber dann zulässig, wenn sie ohne Wesensänderung durch den Dritten vorgenommen werden kann, z. B. Nebenverrichtungen.

6. Die Willensäußerung des Patienten muß auch nach dem Entw. vor oder wenigstens im Anfangsstadium der Ausführungshandlung eingeholt werden. Hier ist die Frage aufzuwerfen, ob nach dem Entwurf durch eine nachträgliche Willensäußerung des Patienten oder der Schwangeren an der Rechtswirksamkeit der ersten Willenserklärung etwas geändert werden kann. Es kommen dabei zwei Fälle in Betracht, nämlich daß 1. der Patient der ärztlichen Handlung widerspricht und die trotz des Widerspruches vorgenommene Handlung nachträglich billigt und daß 2. der Patient ursprünglich in die ärztlichen Handlungen einwilligt oder ihnen wenigstens nicht widerspricht, nachträglich aber erklärt, daß er bei Kenntnis der Sachlage und dementsprechender Würdigung des Falles seine erste Erklärung nicht abgegeben hätte.

Im ersten Falle spricht man von einer sog. Genehmigung.[1]) Zum geltenden Rechte ist die Frage bestritten. Der Entw. nimmt dem Streite seine Schärfe dadurch, daß er in § 281 Abs. 4 bestimmt: Die Tat wird nur auf Verlangen des Behandelten oder der Schwangeren verfolgt. Diese Lösung des aufgeworfenen Konfliktes, ob eine solche Genehmigung möglich sei, ist nur zu billigen.

Der zweite Fall, in dem nachträglich die abgegebene Willenserklärung abgeändert werden soll, bildet eine Paralelle zur bürgerl. rechtlichen Anfechtung. Die in dieser Richtung auf dem im geltenden Rechte herrschenden Streite, ob die Einwilligung Rechtsgeschäft sei, fussenden Ansichten, welche eine An-

[1]) Eingehend behandelt diese Frage Zitelmann (Arch. civ. 99/1 ff.), der auch dann, wenn die Willensäußerung als Rechtsgeschäft zu betrachten ist, eine nachträgliche Genehmigung nicht zuläßt, weil eine in Frage kommende Anwendung des § 184 BGB wegen der Verschiedenheit der hier und dort handelnden Personen unmöglich ist.

fechtung gemäß den Bestimmungen des BGB. zulassen, haben nach dem Entw. ihre Bedeutung deshalb verloren, weil diese Fälle unter Abs. 3 unterzuordnen sind. Die Handlung des Arztes ist insoweit straflos, soweit nicht die Willensäußerung selbst das Hervorrufen oder Gebrauchmachen von ihr gegen die guten Sitten verstösst; denn der Arzt handelt auch in diesen Fällen nicht gegen den Willen des zu Behandelnden und ist außerstande, zur Zeit der Handlung eine rechtswirksame Willensbetätigung des Patienten einzuholen.

Anhang.

§ 19. Das sog. ärztliche Unterlassen.

Die Delikte der Tötung, Körperverletzung und der Abtreibung sind sog. Erfolgsdelikte. Ihr Tatbestand ist also nur erfüllt, wenn der entsprechende Erfolg durch ein Handeln eintritt. Es entsteht deshalb die Frage, ob dieses Handeln nicht in einem Unterlassen bestehen kann oder mit anderen Worten, ob nicht ausnahmsweise der Arzt, wenn er eine Behandlung unterläßt, sei es ganz oder teilweise, sich wegen eines dieser Delikte strafbar macht.

Auf die Grundfragen hier einzugehen, würde zu weit führen. Allgemein anerkannt ist, daß jedes Erfolgsdelikt auch durch ein Unterlassen begangen werden kann. Man bezeichnet die Erfolgsdelikte in dieser Richtung als sog. unechte Unterlassungsdelikte. Weiterhin ist allgemein anerkannt, daß die Uebertretung einer dieser Verbotsvorschriften nur darin gefunden werden kann, daß die Verursachung des Erfolges durch das Unterlassen nachgewiesen ist. Streit besteht aber wieder im geltenden Rechte darüber, wann ein Erfolg durch diese oder jene Handlung als verursacht anzusehen ist. In Rechtssprechung und Theorie ist überwiegend anerkannt, daß kausal im Sinne des Gesetzes alles ist, bei dessen Anderssein der Erfolg nicht eingetreten wäre (Vgl. Frank S. 8). Eine andere Frage ist die, wann der Täter für einen Erfolg, der durch seine Handlung herbeigeführt wurde, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Auch hierüber herrscht im geltenden Rechte lebhafter Streit. Für die Frage des Unterlassens einer Handlung hat sich nach der bisherigen Rechtssprechung und den herrschenden Ansichten in der Theorie (Frank a. a. O.) der Grundsatz herausgebildet, daß der Täter für den Erfolg strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, wenn er 1. in der Lage war, den Eintritt des Erfolges abzuwenden und 2. zur Ahwendung

des Eintrittes des Erfolges rechtlich verpflichtet war. Der Entwurf 27 faßt dieses Ergebnis der Rechtssprechung (R.G.Str. 24 339, 46/337 (343), 50/37) in seinem § 22 als positive Vorschrift zusammen. (Vergl. Beil. S. 21). Bemerkenswert ist aber bei § 22, daß, wenn es auch nicht ausgesprochen ist, vorausgesetzt wird, daß der Täter tatsächlich in der Lage war, den Eintritt des Erfolges abzuwenden (Vgl. die Begr S. 21 mit R.G.St. 46 343, 24/339 (Kenntnis der Freiheitsberaubung) Beling a.a.O. S. 244) Der Abs. 2 des § 22 bringt nur ein Beispiel einer rechtlichen Verpflichtung zur Abwendung des Erfolges. An den Grundsätzen, die zum geltenden Recht herausgearbeitet wurden, ändert also § 22 im wesentlichen nichts. Der Vollständigkeit halber seien die hauptsächlich anerkannten Grundsätze dafür, wann eine rechtliche Verpflichtung zur Abwendung des Erfolges vorhanden ist, kurz erwähnt. Mit anderen Worten, kurz erörtert, wann der Arzt mit einer Heilbehandlung einzugreifen hat und für das Nichteingreifen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann.

Eine solche rechtliche Verpflichtung kann sich gründen auf einen positiven Rechtssatz. Dieser kann sein Gesetz, Verordnung oder Dienstbefehl. Ihm steht gleich ein Rechtssatz des Gewohnheitsrechtes. Für den Entw. sind in Bezug auf den Arzt besonders hervorzuheben die Bestimmungen über Heilbehandlung. Radbruch (Geburtshilfe S. 20) schließt aus dem Umstande, daß, wenn ein Gesetz ein Operationsrecht anerkennt, aus dieser Anerkennung darauf, daß der Arzt auch die Pflicht habe, in den Fällen, in denen eine Lebensgefährdung der Schwangeren durch Unterlassung des Eingriffes droht, den Eingriff vorzunehmen. Beitter (a. a. O. S. 174/5) führt im Anschluß hieran richtig aus, daß dann z. B. ein katholischer Arzt, der aus Rücksicht auf den Standpunkt der katholischen Moraltheorie eine in seiner Behandlung befindliche Schwangere ohne Operation zu grunde gehen läßt, wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Tötung bestraft werden müßte. Radbruch zieht zur Stütze seiner Ansicht den Art. 640 III des kolumbischen Strafgesetzbuches von 1890 heran, worin ausdrücklich eine Perforationspflicht verneint ist. Der Entwurf 27 gibt in § 254, ebenso wie in § 263, dem Arzte das Recht, Eingriffe zwecks Unterbrechung der Schwangerschaft bzw. zu Heilzwecken unter bestimmten Voraussetzungen vorzunehmen. Radbruch schließt aus der ähnlichen Bestimmung des § 238 Entw. 25 (Reform 310) auf die Anerkennung eines Berufsrechtes des Arztes. Nach dem Entw. 27 ist aber richtigerweise zu beachten, daß in § 281 in klarer Weise die berechtigte individualistische Auffassung zur Geltung gelangt ist. Darnach hat der Patient das Recht, bei freier Bestimmung darüber zu entscheiden, ob ein Eingriff, und welcher Eingriff an

ihm vorgenommen werden soll. Es begründet daher weder § 263 noch § 254 für den Arzt eine rechtliche Verpflichtung für das Eingreifen, wenn der Patient dieses Eingreifen nicht wünscht. Fraglich erscheint es aber, wie in dem Falle zu entscheiden ist, in dem der Patient keine Willensäußerung abgibt. Wäre ähnlich dem § 291 des Entw. 19 eine Bestimmung über die Strafbarkeit der unterlassenen Lebensrettung eingeschaltet, so könnte man mit guten Gründen auf eine rechtliche Verpflichtung des Arztes einzugreifen schliessen. In diesen Fällen ist nach dem Entw. 27 davon auszugehen, daß der ärztliche Beruf, wie überhaupt die Ausübung der Heilkunde ein freies Gewerbe ist und daß hieraus folgt, daß der Arzt dieses freie Gewerbe nicht ausüben muß. (Vgl. Ebermayer „Arzt und Patient" S. 11 (Aerztestreik). Beachtenswert ist ferner die Vorschrift der Gew.O. § 144 II, wonach alle Vorschriften aufgehoben sind, die Heilpersonen unter Androhung einer Strafe die Pflicht eines Eingreifens auferlegen. Es hat also auch in diesen Fällen nach dem Entw. 27 grundsätzlich kein Heilkundiger eine rechtliche Verpflichtung zum Eingreifen. Im einzelnen Falle kann aber auf Grund besonderer Vorschrift eine solche Verpflichtung vorhanden sein, z. B. bei 401 des Entw.

Weiterhin behauptet Radbruch (a.a.O. S. 26) daß der Arzt zur Anwendung aller gesetzlich, also auch durch Notstand erlaubten Mittel verpflichtet ist, die Schwangere zu retten. Nach dem Notstand des § 25 Entw. 27 gilt der sog. übergesetzliche Notstand der E.R.G.Str. 62/138/9. Eine auf einem Notstandsrechte sich gründende rechtmäßige Handlung begründet aber nicht deshalb eine rechtliche Verpflichtung, weil die Handlung infolge der Notstandsrechtes rechtmäßig ist. Denn die Anwendung eines Notstandes hat zur Voraussetzung, daß an und für sich die betreffende Handlung rechtswidrig ist, und nur durch den Notstand die an und für sich bestehende Rechtswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen wird. Es begründet daher auch der Notstand des Entw. 27 für den Arzt keine rechtliche Verpflichtung zum Eingreifen.

Somit bleibt es bei den zum geltenden Rechte anerkannten Grundsätzen, daß für den Arzt eine rechtliche Verpflichtung zum Eingreifen besteht:

1. bei vertraglicher — sei es ausdrücklicher oder stillschweigender — Annahme des Heilauftrages durch den Arzt,

2. beim beamteten Arzt im Rahmen seiner Dienst- und Anstellungsvorschriften,

3. bei freiwilligem Einspringen des Arztes in Notfällen, nicht beliebig, zur Unzeit seine Behandlung abbrechen,

4. nach polizeilicher Aufforderung (§ 401) mindestens dem Patienten seine Hilfe anzubieten, und wenn kein Widerspruch erfolgt, auch einzugreifen,

5. wenn der Arzt selbst, wenn auch schuldlos, den Patienten in eine Lage gebracht hat, in der er weiter seiner Hilfe bedarf. § 22 Abs. 2 hat diese Verpflichtung in die Worte gekleidet: „Wer durch sein Tun die Gefahr herbeiführt, daß ein bestimmter Erfolg eintritt, ist rechtlich verpflichtet ihn abzuwenden." Im Anschluß an die Rechtssprechung ist dabei zu betonen, daß es nicht darauf ankommt, ob die Gefahr bewußt, z. B. beim ärztlichen Experiment, oder unbewußt, z. B. bei einer mißglückten Operation, herbeigeführt wurde. Die Begründung betont mit Recht, daß nicht jede noch so entfernte Bedingung, die durch die Handlung des Täters gesetzt wurde, eine Pflicht zur Abwendung des Erfolges begründe, sondern daß nur dem eine Pflicht zur Abwendung des Erfolges auferlegt wird, durch dessen Handlung die nahe Wahrscheinlichkeit des Eintrittes des Erfolges gesetzt wird. Letzten Endes bedeutet diese Begründung keine Lösung der Frage; denn nach ihr kommt es umsomehr darauf an, wann man eine Handlung als kausal für den Erfolg betrachtet und was man als „nahe Wahrscheinlichkeit" ansieht.

Zum Schlusse ist noch die Frage anzuschneiden, ob die Forderung des § 263 bzw. 254, daß die Heilbehandlung des Arztes oder der heilkundigen Person der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen muß, auch die rechtliche Verpflichtung auferlegt, die nach den Lehren der medizinischen Wissenschaft erforderlichen Heilmethode anzuwenden. Diese Frage kann nicht einheitlich beantwortet werden. Ein gewissenhafter Arzt hat die dem Taktgefühl entsprechende Aufklärungspflicht gegenüber dem Patienten. Daraus kann sich ergeben, daß der Patient dem der medizinischen Wissenschaft und der ärztlichen Kunst entsprechenden Eingriffe widerspricht. Dann hat der Arzt keine Pflicht, die nötige Heilmethode anzuwenden und das Unterlassen der Anwendung einer solchen Heilmethode kann ihm nicht zum Vorwurf gereichen. Stimmt der Patient der erforderlichen Heilmethode zu, so liegt der Fall ebenso klar umgekehrt. Gibt der Patient aber keine Erklärung ab, oder ist aus sonstigen Gründen der Arzt nicht imstande, die Willensäußerung des Patienten ohne dessen Lebens- oder ernste Gesundheitsgefahr einzuholen, so hat er die Pflicht, diejenige Heilmethode anzuwenden, die er für erforderlich ansieht. Wendet der Arzt nun eine objektiv falsche Methode an, so kann das Unterlassen der Anwendung der objektiv erforderlichen Heilmethode ihm solange nicht zur Schuld angerechnet werden, solange er von der Heilkraft seiner Methode — sei es auch nur die Erwartung eines natürlichen Heil-

prozesses — innerlich überzeugt ist und keinen Grund hat, ihrer Wirksamkeit zu mißtrauen. Kommt jedoch der Zeitpunkt, in dem er vom Standpunkt seiner eigenen Anschauung aus diese Zuversicht nicht mehr haben kann, so hat er nach der E.R.G. Str. 50/37, wenn er die einem objektiv gewissenhaften Arzte eigene Gewissenhaftigkeit sich zu eigen macht, alle jene Schritte zu unternehmen, die erforderlich sind, damit dem Patienten diejenigen Heilmethoden zuteil werden, die den Lehren der medizinischen Wissenschaft und den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechen. Ist er selbst diesen Anforderungen nicht gewachsen, so hat er im einzelnen Falle sogar die Pflicht, für den Ersatz zu sorgen, der diesen Anforderungen gerecht werden kann.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Literaturverzeichnis.	I
Einleitung.	III
I. Teil: Der Tatbestand.	
§ 1. Begriffsbestimmung der sog. ärztlichen Handlung	1
II. Teil: Der gegenwärtige Stand der Frage.	
1. Abschnitt. Rechtliche Würdigung der Heilbehandlung im eigentlichen Sinne.	
§ 2. Subsumtion unter die Tatbestände des Strafgesetzbuches von 1870/71	7
§ 3. Die Rechtfertigungslehren für die an sich strafbare ärztliche Handlung	16
§ 4. Die Ansicht des Reichsgerichts	21
§ 5. Fortsetzung: Die Eigenschaften einer gültigen Einwilligung	32
2. Abschnitt. Heilbehandlung im uneigentlichen Sinne	
§ 6.	39
Anhang:	
§ 7. Euthanasie und die Vernichtung lebensunwerten Lebens	46
III. Teil: Die Stellung des Entwurfes zu einem allgem. dtsch. Str.G.B. von 1927	
§ 8. Einleitung	49
§ 9. Die Tatbestandsmäßigkeit der ärztlichen Handlung als Körperverletzung	50
1. Abschnitt. Schutz des Körpers des Patienten bei der eigentlichen Heilbehandlung	
§ 10. Objekt, Subjekt und die Handlungen des § 263	53

§ 11. Voraussetzungen für die Art und Weise der Handlungsvornahme 56
§ 12. Die Idee der Norm 62
§ 13. Die rechtliche Bedeutung des § 263 65
2. Abschnitt. Schutz des Körpers des Patienten bei der uneigentlichen Heilbehandlung
§ 14. Die Voraussetzungen für die Straflosigkeit solcher ärztlicher Handlungen 68
§ 15. Die rechtliche Bedeutung des § 254 76
3. Abschnitt. Schutz der persönlichen Freiheit der zu behandelnden Person
§ 16. Anwendungsgebiet des § 281 80
§ 17. Die Inhaltserfordernisse der Willensbetätigung nach § 281 83
Anhang.
§ 18. Das sog. ärztliche Unterlassen 92